

RICARDO LUIS LORENZETTI

Director

**CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN
COMENTADO**

MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

PABLO LORENZETTI

Coordinadores

Tomo VIII

Arts. 1614 a 1881

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 401-9300 - S3000CMV Santa Fe

AUTORES DE ESTE TOMO

Artículos	Autores
1614 a 1631	CARLOS A. HERNÁNDEZ JULIETA B. TRIVISONNO
1632 a 1648	SANDRA A. FRUSTAGLI MARÍA PAULA ARIAS
1649 a 1665	FRANCISCO JUNYENT BAS M. CONSTANZA GARZINO
1666 a 1707	JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ
1708	JORGE MARIO GALDÓS PABLO LORENZETTI FEDERICO ZONIS
1709 a 1715	JORGE MARIO GALDÓS
1716 a 1720	SEBASTIÁN PICASSO
1721 y 1722	JORGE MARIO GALDÓS
1723	SEBASTIÁN PICASSO
1724 y 1725	JORGE MARIO GALDÓS
1726 a 1736	SEBASTIÁN PICASSO
1737 a 1748	JORGE MARIO GALDÓS
1749 y 1750	SEBASTIÁN PICASSO
1751 a 1756	LUIS R. J. SÁENZ
1757 a 1759	JORGE MARIO GALDÓS
1760 a 1762	SEBASTIÁN PICASSO LUIS R. J. SÁENZ
1763 a 1768	LUIS R. J. SÁENZ
1769 a 1771	JORGE MARIO GALDÓS
1772 a 1780	LUIS R. J. SÁENZ
1781 a 1799	SANDRA M. WIERZBA
1800 a 1881	MARTÍN ESTEBAN PAOLANTONIO

ISBN 978-987-30-0517-6 (obra completa edición encuadernada)
ISBN 978-987-30-0515-2 (obra completa edición rústica)

Argentina. Códigos

Código civil y comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2015

v. 8, 992 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 978-987-30-0589-3 (edición rústica)

ISBN 978-987-30-0590-9 (edición encuadernada)

1. Derecho Civil. I. Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. II. Título CDD 346

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Taichuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

CAPÍTULO 26

CESIÓN DE DERECHOS

Introducción. La cesión de derechos en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

“Hemos preferido utilizar del nombre de cesión de derechos para este contrato, siguiendo la nomenclatura conocida, porque ello se enmarca en el propósito que hemos perseguido a lo largo de todo el Anteproyecto, consistente en utilizar vocablos conocidos, comprensibles y que faciliten la labor de los justiciables. En lo demás, se sigue al Proyecto de 1998, el que, a su vez, tomó en cuenta el Proyecto de 1987, el Proyecto de 1993 (PEN) y el Proyecto de 1993 (CF).

”Se establece que hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las reglas que se prevén específicamente en el Capítulo. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.

”En cuanto al objeto, la norma es amplia: todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho. No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana.

”La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública: la cesión de derechos derivados

de un acto instrumentado por escritura pública, la cesión de derechos hereditarios; la cesión de derechos litigiosos. Si la cesión no involucra derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial.

"Se contempla las obligaciones del cedente, efectos, concurrencia de cesionarios, quiebra del cedente, actos conservatorios, cesión parcial, garantías, cesión del derecho inexistente.

"Se regula la cesión con garantía señalando que si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido. El cesionario sólo puede recurrir contra el cedente después de haber excutado los bienes del deudor, excepto que éste se halle concursado.

"Siguiendo el modelo del Proyecto de 1998, se regula la cesión de deuda, la asunción de deuda y la promesa de liberación.

"También se sigue al Proyecto de 1998 en la regulación de la cesión de la posición contractual. En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad hubiese sido previa a la cesión, ésta sólo tendrá efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido".

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1614 *Definición.* Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este Capítulo.

I) Resumen

El artículo comentado brinda una definición del contrato de cesión, haciendo hincapié como elemento tipificante en la transmisión de la titularidad de un derecho, sin limitarse a la cesión de créditos. Se deja

en claro que la existencia o inexistencia de contraprestación a cargo del cesionario no constituye un elemento tipificante de la figura, pero sí resulta de relevancia a fin de determinar qué normas se consideran supletorias.

II) Concordancias

Novación por cambio de acreedor (art. 937); dación en pago (arts. 942 y 943); compraventa (arts. 1123 y ss.); permuta (arts. 1172 y ss.); depósitos bancarios (art. 1392); contrato de factoraje (art. 1423); donación (art. 1542); títulos cartulares (art. 1835); títulos valores a la orden (arts. 1839 y 1841); cesión de herencia (art. 2302).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La cesión en el Derecho Romano y en el sistema jurídico romanista*

En el Derecho Romano regía el principio de la intransmisibilidad de las obligaciones, vinculado a razones procesales (la estructura típica de la *actio in personam*) y ligado íntimamente a la concepción de la *obligatio* como un vínculo de tipo personal caracterizado por la sujeción del deudor al cumplimiento de la obligación¹.

La intransmisibilidad persistió incluso luego de la ley *Pactia Papiria*, que introdujo el principio de la responsabilidad y satisfacción patrimonial de las obligaciones. En primer término se admitió la transmisibilidad de las obligaciones *mortis causa*, partiendo del concepto de *successio in ius*, como ingreso del heredero en la posición jurídica del difunto; pero se desconocía el instituto de la cesión como instrumento apto para transmitir derechos por actos *inter vivos* y a título particular.

Sin embargo, las exigencias del tráfico mercantil hicieron necesario contar con alguna forma para lograr la circulación de las obligaciones. El efecto práctico de la cesión se obtenía, por un lado, recurriendo a la novación, la *delegatio*, que extinguía la obligación primitiva y creaba

¹ ASTUTI, Guido. *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, t. VI, ps. 805 y ss.

una nueva en cabeza de un acreedor diferente. Pero para ello era necesario obtener el consentimiento del deudor, quien bien podía negarse a cambiar de acreedor².

Por otro lado, para evitar la necesidad de la colaboración del deudor, se recurrió también a la figura de la *procuratio in rem suam*, como forma de representación judicial indirecta reconocida por el procedimiento formular³. Quien quisiese transmitir un crédito constituía al adquirente como su representante en juicio (*procurator*), facultándole para retener para sí la suma obtenida de la realización del juicio. De acuerdo a las normas del procedimiento formular el "cesionario" iniciaba el juicio en nombre del "cedente" formulando así la *intentio*, pero en virtud de la *procuratio*, solicitaba la *condemnatio* a su propio favor. Esto ya no hacía necesario contar con el consentimiento del deudor, y al no crearse una nueva obligación —como ocurría con la novación— se lograba mantener todos los accesorios de la obligación, las garantías y no se purgaba la mora del deudor.

No obstante ello, el riesgo corrido por el "cesionario" era importante, porque en el tránsito del proceso, hasta que no se produjera la *litis contestatio* que tenía efecto novatorio, el "cedente" todavía era titular del derecho, y por ende podía disponer de él, cobrar el crédito, o revocar el poder en perjuicio del adquirente. Para evitar que se produjeran estos riesgos la legislación imperial introdujo algunos remedios: a) la *denuntiatio*, mediante la cual se informaba al deudor la transmisión de la obligación con el efecto de no poder liberarse de la misma pagando al cedente (C. 8, 41, 3). La *denuntiatio* es vista como el antecedente histórico de la notificación al deudor que hoy es exigida por la mayoría de los códigos modernos; b) el recurso al emperador solicitando el *ius contestationis* por el cual el cesionario quedaba definitivamente investido del crédito como si ya se hubiese producido la *litis contestatio*, y c) como paso ulterior en reconocimiento de la transferencia del derecho, se le otorgó al cesionario una *actio utilis* que le permitía accionar en nombre propio para el cobro del crédito evitando el riesgo que conllevaba la *procuratio in rem suam*.

² ASTUTI, ob. cit., ps. 805 y ss.

³ ASTUTI, ob. cit., ps. 805 y ss.; SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, t. IV, p. 267.

En este *racconto* histórico, cabe recordar que la mayoría de los códigos civiles del sistema jurídico romanista se inclinan por reconocer directamente la figura de la cesión de derechos, aunque con algunas diferencias metodológicas. Algunos códigos, entre ellos el código civil francés, incluyen a la transmisión de derechos dentro del título dedicado a la compraventa, quitándole carácter de contrato autónomo e independiente (arts. 1689 a 1695). Lo mismo ocurre con el código civil español (arts. 1526 a 1536). Otros ordenamientos normativos, como el código civil alemán (BGB, §§ 398 a 413), el código civil italiano de 1942 (arts. 1260 y ss.), el código suizo de las Obligaciones (arts. 164 y ss.), incluyen a la cesión de derechos como un capítulo dentro de la teoría general de las obligaciones. Por su parte, en el subsistema latinoamericano, el código civil chileno (1855) regula a la cesión como una figura contractual autónoma (arts. 1901 y ss.), criterio que posteriormente siguió Vélez Sársfield para el código civil argentino. No ocurre lo mismo con los códigos latinoamericanos más recientes que incluyen a la cesión dentro de la teoría general de las obligaciones, en apartados dedicados a la transmisión de las obligaciones⁴.

III.2) La cesión de derechos. Metodología del Código

En lo que respecta al contrato de cesión, el Código adopta una nueva metodología (ver Introducción). En primer término, incluye algunas disposiciones relativas a la cesión de derechos en general y luego regula algunos subtipos que ameritan normas específicas teniendo en cuenta las particularidades del negocio o de los derechos cedidos (arts. 1614 a 1640). Es decir que, el tipo contractual genérico comprende otros subtipos específicos tales como la transmisión de créditos (arts. 1614 a 1631), de deudas (arts. 1632 a 1635), de posición contractual (arts. 1636 a 1640), de herencia (arts. 2302 a 2309), de créditos prendarios (art. 1625).

De este modo, se logran superar las críticas metodológicas señaladas

⁴ Código civil boliviano de 1975 en los arts. 384 y ss.; Código civil peruano de 1984 en los arts. 1206 y ss.; el Código civil paraguayo de 1985 en los arts. 524 y ss., y el Código civil brasilero de 2002 en los arts. 286 a 298.

con respecto al Código derogado, en el cual el título dedicado a este contrato hacía referencia sólo a la "cesión de créditos", mientras que en el articulado se incluían algunas normas relativas a la cesión de derechos que no son créditos. Se omitía regular la cesión de contratos y sólo se incluían algunas disposiciones relativas a la cesión de derechos hereditarios.

A pesar de la problemática metodológica, la doctrina no encontraba mayores dificultades para admitir la cesión de derechos en general, aplicando las normas de la cesión de créditos y en base al principio de autonomía de la voluntad ya se reconocía la posibilidad de que se realizaran cesiones de contratos y cesiones de derechos hereditarios, aplicando aquellas normas en cuanto fueren compatibles con las características de estos negocios⁵.

En este marco se inscriben las normas pertinentes del nuevo Código, que regulan a la cesión como contrato, reafirmando la autonomía que la figura tiene actualmente en el derecho argentino. Así, se aparta de aquella visión que consideraba que la cesión debía ser tratada como un capítulo dentro de la transmisión de derechos en el marco de la teoría general de las obligaciones⁶. Como se señalara supra, esta misma dirección es seguida en otros códigos civiles del sistema jurídico romanista, entre ellos el BGB (§§ 398 a 413) y el código civil italiano de 1942 (arts. 1260 y ss.). Para la valoración del criterio seguido por el legislador nacional no puede prescindirse del acierto de pensar a la cesión más allá de los límites del vínculo obligatorio, lo que posibilita considerar otras perspectivas que resultan de su emplazamiento como negocio contractual.

III.3) La definición de la cesión

El artículo comentado brinda una definición del contrato de cesión

⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, t. 4, vol. A, ps. 1 y ss.; ARIZA, Ariel, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. I, ps. 302 y ss.

⁶ LAFAILLE, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. act. y ampl. por Alberto Bueres y Jorge Mayo, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 471 y ss.

de derechos en general, cuya función radica en hacer viable la transmisión de todo tipo de derechos patrimoniales por vía convencional, sin limitarse a la cesión de créditos.

De acuerdo a la definición comentada, el elemento tipificante del contrato es la transmisión de la titularidad de un derecho. Cabe preguntarse si en la formulación actual de la norma basta para la transferencia del derecho el solo acuerdo de voluntades de las partes (efecto traslativo), o bien si el contrato crea la obligación de transferirlo (efecto declarativo).

La terminología utilizada en el artículo que se anota claramente se inclina por el efecto traslativo de la cesión entre partes, clausurando el debate habido en ocasión del código derogado. Es evidente que si el legislador hubiera optado por la tesis que exige contrato y modo, hubiera empleado otro giro. Por lo demás, la misma conclusión resulta del artículo 1619, que al regular las obligaciones del cedente hace referencia solamente a la entrega al cesionario de los documentos probatorios del derecho cedido, dando por supuesto que la transferencia se ha operado con el mero acuerdo. La entrega de los documentos, constituirá simplemente un acto de ejecución del contrato. En cambio, respecto de terceros, los efectos se producirán por medio de la notificación al deudor cedido en caso de cesión de créditos, y si se trata de derechos registrables teniendo en cuenta las exigencias especiales que la ley estableciere al respecto⁷. De todas formas, en cuanto a la adquisición de derechos reales aun entre partes, cabe dejar a salvo las exigencias de título y modo que estableciere la ley para cada caso en particular.

Por otra parte, cabe destacar que no constituye un elemento tipificante del contrato de cesión de derechos la existencia de una contraprestación a cargo del cesionario, pues solamente se requiere que el acuerdo de partes tenga por objeto la transmisión de la titularidad de un derecho, independientemente de que ésta se realice a título on-

⁷ En el marco del código derogado, la mayoría de la doctrina sostenía que la propiedad del crédito entre cedente y cesionario se transfería por el solo acuerdo de partes con base en el artículo 1457 que disponía: "La propiedad de un crédito pasa al cesionario por el efecto de la cesión, con la entrega del título si existiere". La entrega del título se consideraba un simple acto de cumplimiento del contrato.

CONTRATOS EN PARTICULAR

roso o gratuito. Esta última circunstancia será relevante a los efectos de determinar las normas que se aplican supletoriamente al contrato. En este sentido, el artículo 1614 dispone la integración normativa de estos negocios con las disposiciones propias de la compraventa, la permuta y la donación, según las partes hubiesen o no acordado una contraprestación a cargo del cesionario. Por lo tanto, si la contraprestación consiste en el pago de un precio en dinero, el contrato se integra con las normas correspondientes a la compraventa (arts. 1123 y ss.); siendo la contraprestación la entrega en propiedad de una cosa se remite a las normas de la permuta (arts. 1172 y ss.), y por último, si es a título gratuito el negocio se integrará con las normas de la donación (arts. 1542 y ss.).

Cabe destacar que el artículo que se glosa dispone la aplicación supletoria de las normas de la compraventa cuando la contraprestación consista en la "transmisión de la propiedad de un bien". Por un lado, la expresión utilizada hace pensar que por hacer referencia al derecho de propiedad en realidad se quiso utilizar la palabra "cosa" en lugar de "bien". Pero, por otro lado, si se hace referencia a que la contraprestación a cargo del cesionario fuese la transmisión de un bien que no fuera una cosa, se trataría de una especie de intercambio de derechos, una cesión atípica, y no una cesión-permuta, a la cual no sería adecuado aplicar supletoriamente las reglas de la permuta⁸.

La integración normativa dispuesta por el Código no implica la falta de carácter autónomo del contrato de cesión, dado que esta figura posee su régimen jurídico propio, adecuado a las particularidades que plantea la transmisión de la titularidad de derechos, y las normas de los restantes contratos resultan aplicables en tanto no estén modificadas por el capítulo correspondiente a la cesión.

III.4) La importancia de la figura

Luego de haber sido cuestionada en su autonomía como negocio típico, y en su carácter mismo de contrato, la cesión de derechos, se

⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte especial*, Zavallia, Buenos Aires, 1976, t. 1, p. 561, y ARIZA, Ariel C., en *Fundamentos de Derecho contractual. Parte especial*, dir. por Noemí L. Nicolau y coord. por Ariel C. Ariza y Carlos A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, ps. 165 y ss.

ha reafirmado paulatinamente como una figura independiente y autónoma, con un objeto y una finalidad propios.

En los últimos años ha contribuido a la profundización de este fenómeno el cambio operado en la economía capitalista, en virtud del cual para medir la riqueza económica adquieren mayor importancia los bienes y derechos que no son cosas materiales, tales como, los derechos intelectuales (marcas, patentes, etc.), derechos deportivos, derechos de autor, etcétera⁹.

Al ser la cesión el instrumento típicamente idóneo para la circulación de estos derechos resulta de alto interés económico su regulación de acuerdo a las particularidades que plantea la operación. Incluso se han ido reafirmando en la práctica algunas figuras que se desprenden de la cesión, verbigracia, el contrato de *factoring* (arts. 1421 a 1428) y la cesión en garantía (art. 1615).

Finalmente, no puede olvidarse que la cesión satisface importantes intereses prácticos relacionados no sólo con la vida comercial sino también con la vida civil, tales como permitir al cedente obtener el beneficio derivado de la obligación transmitida antes de su vencimiento y al cesionario la posibilidad de lucrar con esta adquisición asumiendo cierto rango de riesgo, permitir la consolidación de derechos litigiosos o confusos, o bien poder realizar negocios por cuenta de otro cuando no se tengan poderes suficientes¹⁰.

IV) Significado de la reforma

El Código recoge la visión de los anteriores proyectos de reforma de la legislación civil y comercial, que en su mayoría tipificaban la cesión

⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. II, ps. 10 y ss.; GALGANO, Francesco, *Derecho Civil e Comercial*, Cedam, Padova, 1993, volume secondo, ps. 3 y ss.; *La globalización en el espejo del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 19 y ss.

¹⁰ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 10 y ss.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 419, N° 488; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 1 y ss.; ARIZA, en *Fundamentos de Derecho contractual. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

de derechos en general como una figura autónoma e independiente (Anteproyecto de Llambías, Anteproyecto de 1987, Proyecto de 1998).

Asimismo, la nueva reglamentación toma decisiones metodológicas que se presentan como más adecuadas, al concebir a la cesión en términos generales sin limitarse a la transmisión de créditos e incorporar subtipos tan relevantes tales como la cesión de créditos, la cesión de deudas y la cesión de posición contractual.

Art. 1615 *Cesión en garantía*. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.

I) Resumen

La norma anotada reconoce y regula un subtipo de contrato de cesión: la cesión de créditos en garantía, estableciendo que resultan aplicables a ella las normas previstas para la prenda de créditos.

II) Concordancias

Cesión (arts. 1614 y ss.); efectos de la cesión respecto de terceros (arts. 1620 a 1623); prenda (arts. 2219 y ss.); prenda de créditos (arts. 2232 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Naturaleza presumida de la cesión de créditos en garantía*

El artículo 1615 introduce en el derecho vigente la figura de la cesión de créditos en garantía que no se hallaba regulada en forma expresa en el marco del código civil derogado.

Tradicionalmente se ha discutido la naturaleza jurídica de la cesión de créditos en garantía, explicándose el tema desde dos perspectivas diversas. Por un lado, se la observa como negocio fiduciario que implica la transmisión de la titularidad plena de un derecho con la finalidad de administración, facilitación de encargos o bien de garantía, y con

la obligación del adquirente de restituir el derecho al transmitente o transferirlo a un tercero una vez cumplida dicha finalidad. Se trataría así, de un negocio indirecto dado que dichos resultados podrían obtenerse sin que sea necesaria la transmisión de la titularidad del derecho¹¹. En cambio, desde otra postura se ha dicho que "asiste razón a quienes afirman que la cesión de créditos en garantía debe ser vista como prenda de créditos, y por ende como negocio válido, fundados en que la cesión de créditos no es sino un vehículo para la transmisión de créditos, sin una causa objetiva típica más allá de esa atribución patrimonial de transmisión, lo que puede operarse con la finalidad de transmitir derechos de distinta jerarquía: puede transmitirse la propiedad, puede enajenarse sólo a título de garantía; y ello autoriza naturalmente a que las partes pacten el contenido de cada negocio en particular, con la sola limitación de que la causa final objetiva perseguida resulte merecedora de la protección judicial"¹². Por este encuadre, el objeto de la cesión de derechos en garantía no sería la transmisión en propiedad, sino la transferencia en garantía, motivo por el cual se aproxima a la prenda de créditos, gozando el cesionario de la posición jurídica del acreedor prendario, incluido el privilegio o preferencia propios de tal calidad. Se dice así que por este negocio el

¹¹ GUASTAVINO, Elías P., *La transmisión de créditos en garantía*, en J. A. 1972-18-504; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, ps. 361 y ss. Desde esta postura se explica que la operación está compuesta por dos actos: a) un acto de carácter dispositivo, el contrato de cesión mismo, por el cual el cedente transmite el crédito en propiedad al cesionario, por lo que éste aparece frente a terceros investido de las facultades que son propias de un cesionario en cualquiera de las modalidades típicas previstas, debiendo el deudor cedido cumplir de tal modo, la prestación a favor del cesionario (fiduciario), y b) un pacto de fiducia, paralelo a la traslación del derecho, celebrado entre el cedente y el cesionario por el cual éste se obliga a restituir el crédito cuando se le pague la deuda garantizada. Al respecto puede verse: MIQUEL, Juan L. y MIQUEL, Silvana, *La cesión en garantía. En homenaje a Vélaz Sársfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, ps. 197 y ss.

¹² RIVERA, Julio César, *Cesión de créditos en garantía*, en L. L. 1991-C-867 y ss. Concuera también con esta postura sobre la naturaleza jurídica de la cesión López de Zavalía, señalando que "A nuestro juicio lo que las partes han querido es una prenda, y el negocio tendrá en consecuencia todos los efectos de una prenda que no sean incompatibles con la idea de un derecho personal", ob. cit., ps. 906 y ss.

crédito permanece en el patrimonio del cedente, sin perjuicio de la facultad de cobro que el acreedor prendario adquiere por medio del mismo¹³.

En este marco de debate conceptual y práctico, el artículo 1615 del Código vigente se enrola claramente en esta última concepción, al establecer que en el caso de cesión de créditos en garantía las relaciones entre cedente y cesionario se rigen por las normas relativas a la prenda de créditos comprendidas entre los **artículos 2232 y 2237 del mismo Código**. En esta sección se establece que cualquier crédito que puede ser cedido autoriza ser objeto de prenda, con tal de que se encuentre documentado (ver art. 2232), quedando constituida la prenda cuando se notifica al deudor cedido la existencia del contrato (art. 2234).

Sin perjuicio de ello, y más allá de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de esta figura contractual y de la letra del artículo 1615, es preciso reconocer que la cesión de créditos en garantía celebrada como negocio fiduciario resulta viable en nuestro ordenamiento jurídico, dentro del marco de la autonomía de la voluntad y siempre que no se afecten normas de carácter imperativo¹⁴. La regla parte de la calificación presumida por el legislador, pero ello no empece admitir un pacto expreso que le atribuya naturaleza fiduciaria. Para

distinguir cuándo se está en presencia de una garantía o de una transmisión fiduciaria debe examinarse el contrato, el comportamiento de las partes con anterioridad, si existen acreencias anteriores cuyo cumplimiento se pretende asegurar y si la cesión es accesoria o no de esta deuda principal¹⁵. En un sentido similar se dijo recientemente que “...para establecer si un crédito cedido ‘en garantía’ debe ser considerado un negocio fiduciario –cesión fiduciaria de créditos– [...] o bien, por el contrario, la constitución de una prenda de créditos [...] ineludiblemente debe examinarse cuál fue la voluntad negocial de las partes, ya que no parece pueda brindarse para todos los casos posibles una única respuesta”¹⁶.

Aquí se encuentra la clave del régimen vigente. Cada caso en particular debe ser examinado en pos de desentrañar la intención de las partes en relación con la naturaleza y la finalidad del acto celebrado. Es preciso determinar cómo éstas han querido obligarse y en base a ello cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan.

III.2) Efectos frente a terceros

En su última parte, el texto que se anota dispone que “...las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario”. Por tanto, es preciso destacar que en relación con los efectos de la cesión de créditos en garantía respecto de terceros ajenos al acto, rigen las normas de los artículos 1620 a 1623. En virtud de ello, será necesaria la notificación al deudor cedido a fin de que el acreedor pueda ejercer el privilegio propio del crédito con garantía prendaria, y en caso de concurso o quiebra del cedente la cesión sólo tendrá efectos contra los acreedores si es notificada antes de la sentencia de quiebra o de la presentación en concurso.

IV) Significado de la reforma

La reforma introduce en el derecho vigente el subtipo de la cesión de créditos en garantía, asimilando –como principio– su régimen al de la prenda de derechos. Se toma partido en relación con la inter-

¹³ LORENZETTI, ob. cit., p. 79.

¹⁴ CNCom., sala D, “Santamarina, Ramón y otro c/Gexal SA y otro”, p. 71.

¹³ CNCom., sala D, 28-8-2012, “Santamarina, Ramón y otro c/Gexal SA y otro”, D. J. del 21-2-2013, p. 71. Allí se señaló que “En efecto, si la figura da lugar a una prenda de créditos, el acreedor prendario no es titular del crédito cedido en garantía, y la propiedad del crédito permanece en cabeza del cedente (constituyente de la prenda), sin perjuicio de la facultad de cobro que el acreedor prendario adquiere en cuanto tal”. Por esa circunstancia, en la referida causa se debatió la naturaleza jurídica de la cesión en garantía, puesto que si se la veía como una prenda de crédito, cabía preguntarse si el cesionario (o acreedor prendario) debía verificar en la quiebra del cedente la obligación principal con privilegio prendario. Sobre el particular algunos autores sostienen que se trata de una garantía autoliquidable y concursado el cedente el acreedor prendario no está obligado a solicitar la verificación de su crédito; otros consideran que el cesionario o acreedor prendario debe verificar la acreencia en el concurso del cedente con el privilegio que posee. En el fallo citado, en el voto del Dr. Heredia se consideró que se trata de una garantía autoliquidable, pero no procede el remate extrajudicial porque el supuesto no encuadra en la excepción al régimen verificatorio que resulta del art. 23 de la ley 24.522.

¹⁴ RIVERA, ob. cit., ps. 867 y ss. Un estudio exhaustivo del tema puede verse en BORETTO, Mauricio, *Las garantías autoliquidables*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, ps. 228 y ss.

pretación de este negocio como una garantía y no como un negocio fiduciario, dotándolo de un régimen que se adecúa a esta finalidad. De todas formas, no se descarta que en el marco del derecho vigente las partes puedan concebir a la cesión de créditos en garantía como un negocio fiduciario con la estructura analizada en el comentario a este artículo, en tanto ello fuere así pactado.

Art. 1616 *Derechos que pueden ser cedidos.* Todo derecho puede ser cedido, excepto ~~que~~ lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo ~~origina~~, o de la naturaleza del derecho.

Art. 1617 *Prohibición.* No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana.

I) Resumen

Los artículos comentados regulan el objeto mediato de la cesión, es decir cuáles son los derechos que pueden válidamente ser cedidos por medio de este tipo contractual. Se adopta al respecto una regla general de gran amplitud de acuerdo a la cual todo derecho puede ser cedido salvo prohibición legal, convencional o derivada de la naturaleza del derecho cedido. La cuestión de la prohibición convencional plantea el interrogante acerca de la posibilidad de que las partes pacten la intransmisibilidad absoluta de un derecho. La prohibición de ceder derivada de la "naturaleza del derecho" plantea la problemática del alcance de esta categoría. Lo mismo ocurre con la incesibilidad de los "derechos inherentes a la persona humana", categoría de difícil conceptualización que ya generaba opiniones encontradas en el marco del código derogado.

II) Concordancias

Objeto de los actos jurídicos (arts. 279 y ss.); obligación de alimentos (art. 539); libertad de contratación (art. 958); objeto de los contratos (arts. 1003 y ss.); leasing (art. 1247); renta vitalicia (art. 1605); concurso público (arts. 1807 y ss.); garantías unilaterales, cesión (arts. 1810 y 1813); conjuntos inmobiliarios (art. 2083); habitación (art. 2160); cesión de herencia (art. 2302).

III) Interpretación de las normas

III.1) *El principio general relativo al objeto de la cesión*

Los artículos comentados se refieren al objeto mediato de la cesión, es decir a los derechos que pueden ser transferidos por medio de esta figura contractual. En el artículo 1616, el Código vigente recoge una regla general según la cual todo derecho puede ser cedido, salvo prohibición legal o convencional en contrario o imposibilidad de ceder derivada de la naturaleza del derecho en cuestión.

De esta manera se reafirman los amplios contornos que el contrato de cesión tiene en el derecho argentino¹⁷. El actual legislador ha decidido incluso no realizar referencias expresas a ningún caso en particular, a diferencia de Vélez que, luego de enunciar la regla general, incluía una serie de artículos en donde trataba expresamente algunos supuestos de cesiones permitidas¹⁸.

En este marco, y a modo meramente ejemplificativo, puede entenderse que son cesibles todos los derechos que integran el patrimonio, sean derechos personales, reales e intelectuales, así como también las acciones que de ellos se derivan¹⁹, los derechos sometidos a condición o a plazo, los derechos litigiosos, los derechos futuros, los derechos ajenos —más allá de los límites resultantes del artículo 1008—, los derechos sobre cosas futuras, los derechos hereditarios²⁰, entre otros,

¹⁷ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 33 y ss.; SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos* cit., t. IV, ps. 288 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte especial* cit., t. 1, ps. 623 y ss.; ARIZA, en *Fundamentos de Derecho contractual. Parte especial* cit., ps. 184 y ss.

¹⁸ De este modo se superan las críticas efectuadas al código derogado. Entre muchas voces, se recuerda aquí la de Guillermo A. Borda, quien sobre el particular señalaba que "En rigor hubiera bastado con la enunciación de la regla general establecida en el art. 1444 y con la mención de las excepciones para definir con precisión el campo de aplicación de este contrato. Pero el Codificador creyó necesario enumerar también algunos casos que podrían originar dudas y en los cuales la cesión es lícita", *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, p. 429.

¹⁹ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 57 y ss.

²⁰ Se ha realizado esta enumeración a modo ejemplificativo, siguiendo algunas referencias expresas realizadas en el código civil derogado (en sus arts. 1445 a 1448),

CONTRATOS EN PARTICULAR

siempre dentro de los límites trazados por las normas relativas al objeto de los actos jurídicos (arts. 279 y 280) y al objeto de los contratos (arts. 1003 a 1011). Incluso, pueden ser objeto de cesión los derechos eventuales, expresamente mencionados en el código derogado, siempre y cuando no se vulnerasen demasiado los contornos de la determinación del objeto como requisito de este elemento estructural del contrato²¹.

Un comentario especial merecen los derechos reales en relación con el tipo contractual de la cesión. El Código vigente contiene una serie de disposiciones comunes a todos los derechos reales, entre ellas el artículo 1906 que dispone que todos los derechos reales son transmisibles, salvo disposición legal en contrario. El dominio y el condominio son transmisibles pero no por vía de cesión, sino que son idóneos otros tipos contractuales tales como la compraventa, la donación o la permuta²², cuya finalidad típica se relaciona con la transferencia de la potestad plena que se tiene sobre una cosa. En cambio, los restantes derechos reales podrían ser objeto de cesión salvo que la transferencia hubiese sido prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico. Así, el usufructo puede ser objeto de cesión de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2142 del Código, siendo la vida del usufructuario originario el límite máximo de duración del mismo, y debiendo el adquirente dar garantía suficiente al nudo propietario por la conservación y la devolución de la cosa. La duda que se plantea es si el usufructuario originario continúa siendo responsable frente al nudo propietario, tal como lo dispuso el código derogado, dado que el nuevo régimen sólo aclara esto respecto a la constitución de otros derechos reales sobre el usufructo. La misma normativa resulta aplicable al derecho de uso, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2155. Por el contrario, la habitación no es transmisible por acto entre vivos, ni por causa de muerte, impidiéndose al habitador que constituya derechos reales o

a fin de graficar en cierta forma la amplitud de la regla sobre el objeto de la cesión. No obstante ello, es clara la intención del Código vigente de sentar el principio en forma amplia, sin hacer enumeraciones casuísticas de ninguna clase.

²¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, p. 429.

²² SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos* cit., p. 290; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 887.

personales sobre la cosa (art. 2160), dado que es un derecho real que se concibe *intuitu personæ*. En el caso de las servidumbres, el artículo 2172 dispone que las servidumbres reales no pueden ser transferidas con independencia del inmueble dominante, por lo tanto si no se transfiriere la propiedad, no puede aisladamente cederse la servidumbre, dado que ésta se manifiesta como inherente al fundo dominante.

III.2) Prohibición de ceder derivada del acuerdo de partes

Como excepción a la regla general sobre la amplia cesibilidad de los derechos, el artículo 1616 contempla la posibilidad de que la prohibición de ceder un derecho tenga origen convencional, en franca aplicación del principio de autonomía de la voluntad (art. 958), en cuyo ejercicio las partes pueden delimitar los contornos de los derechos que crean, siempre y cuando no dejen sin efecto las leyes de orden público.

Del texto del artículo se desprende que la prohibición de ceder haya sido pactada por las partes en el mismo contrato que le da origen al derecho, es decir, que conste en el título mismo, al igual que en el código derogado. El fundamento de tal exigencia se encuentra en la protección de los terceros, quienes al contratar con el cedente no tendrían oportunidad de conocer la existencia de la prohibición si ella no constase en el instrumento en que tal derecho fue creado. No obstante esto, se ha sostenido que la prohibición de ceder podría acordarse con posterioridad a la creación del derecho, siendo este acuerdo exigible entre las partes pero inoponible a terceros²³.

Cabe preguntarse si las partes pueden pactar la intransmisibilidad de un crédito en forma absoluta. En el marco del código derogado se generó a este respecto una discusión a nivel doctrinario. Por un lado, se propiciaba la aplicabilidad a la cesión de los límites establecidos para la compraventa en materia de cláusulas de no enajenar, agregando que de esta manera se evita una lesión a la libertad individual y se protege la circulación de los bienes²⁴. En contrario, se sostuvo que las normas relativas a la cesión son normas especiales que regulan la

²³ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, p. 434.

²⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 39 y ss.

transmisibilidad de derechos en general, no siendo aplicables todos los principios relativos a la transmisión del dominio por vía de la compraventa; estas normas son complementarias para las cesiones onerosas siempre que no resulten contrarias al régimen de la cesión. Es más, en muchos casos la creación de un derecho personal está ligada a su intransmisibilidad, tal como ocurre en el contrato de locación, en el cual es perfectamente válida la cláusula de no ceder la posición contractual²⁵. En el marco del Código vigente, puede reproducirse este debate dado que en el artículo 1972 prohíbe pactar la inenajenabilidad absoluta en los actos a título oneroso. Sin embargo, la prohibición se introduce en el capítulo dedicado al derecho de dominio y no en el correspondiente a la compraventa. Este cambio metodológico denota el sentido de la prohibición, estrechamente ligada a la protección del derecho de dominio y a favorecer su libre circulación y alejada por lo tanto de la figura contractual de la cesión.

III.3) Prohibición de ceder derivada de la ley

La prohibición de ceder en este caso deriva de los supuestos previstos en la ley en forma expresa. En el código derogado, se hablaba de prohibiciones legales expresas y de prohibiciones implícitas en la ley, incluyéndose en esta última categoría aquellas cesiones incompatibles con la índole de la obligación²⁶. También se entendían como prohibiciones implícitas aquellos casos en que la cesión es contraria a principios fundamentales.

Algunos supuestos de cesiones prohibidas expresamente por la ley son los siguientes: a) derechos sobre bienes que se encuentran fuera del comercio (art. 234); derechos inherentes a la persona humana (art. 1617) –ver comentario indicado en el punto III.5–; b) derecho a reclamar y a percibir alimentos futuros (art. 539). Por el contrario, las

²⁵ ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 334 y ss.

²⁶ GARBINI, Beatriz, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, dir. por Augusto C. Belluscio y coord. por Eduardo A. Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 7, ps. 1 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 1 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 334 y ss.

prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas sí pueden ser objeto de cesión a título oneroso o gratuito (art. 540); c) el derecho de habitación (art. 2160); d) los derechos del beneficiario emergentes de las garantías unilaterales no pueden transmitirse separadamente del contrato o relación con la que la garantía está funcionalmente vinculada, antes de acaecer el incumplimiento o el plazo que habilita el reclamo contra el emisor, excepto pacto en contrario (art. 1813); e) el uso de los bienes comunes en los conjuntos inmobiliarios (art. 2083); f) los beneficios de la seguridad social, declarados tales por los regímenes especiales respectivos, habida cuenta de su pertenencia a un estatus específico²⁷.

III.4) Prohibición derivada de la naturaleza del derecho

El artículo 1616 establece que la cesión no puede tener lugar si la imposibilidad de ceder deriva de la “naturaleza del derecho”. El nuevo texto legal parece referirse a lo que se definía en el marco del código derogado como prohibiciones implícitas en la ley, aquellas cesiones que resultan incompatibles con la índole de la obligación²⁸, verbigracia, la cesión de un derecho *propter rem* si se retiene el derecho de dominio²⁹. También se entendían como prohibiciones implícitas aquellos casos en que la cesión es contraria a principios fundamentales o contraria a las buenas costumbres³⁰.

Esta categoría actúa como género de otras, tal el caso de la prohibición de ceder relativa a “derechos inherentes a la persona”.

III.5) Los “derechos inherentes a la persona humana”

El artículo 1617 prohíbe la cesión de aquellos derechos que sean

²⁷ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 38 y ss.

²⁸ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., t. 7, ps. 1 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 1 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

²⁹ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 1 y ss.

³⁰ ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

“inherentes a la persona humana”. Esta fórmula, que sigue a la utilizada por el código derogado, no deja de despertar algunas vacilaciones dado que no se brinda ningún criterio orientativo que permita determinar cuándo un derecho es “inherente a la persona”.

Llambías señalaba que “un crédito o deuda es inherente a la persona cuando no puede ser concebido sino en conexión con el originario acreedor o deudor, lo cual resulta impuesto por la naturaleza de la relación jurídica de que se trate o por la voluntad del legislador. En el primer caso el concepto que se indaga es puramente científico, y en el otro se trata de una noción legal”³¹.

Si la determinación del derecho como inherente surge de la ley, no existen mayores dificultades, es, por ejemplo, el caso del derecho a revocar la donación por causa de ingratitud, la revocación de un testamento, el derecho a hacer valer el instituto de la lesión. En cambio, si surge de la naturaleza misma de la relación, se tratará de derechos tales como los derechos personalísimos y los derechos de familia (por ejemplo, la patria potestad, la tutela, la curatela). La incesibilidad de estos derechos no implica que no puedan ser cedidas las derivaciones patrimoniales de ellos³² —obviamente dentro del límite de su respectiva legitimación³³—.

Recientemente, se ha señalado que la fórmula legal comprende los

³¹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. II-A, ps. 22 y ss.

³² Vinculado a esta problemática se ha dicho que “Del carácter personalísimo del interés o derecho vulnerado no se sigue, necesaria y forzosamente, que también lo sea la acción enderezada a su reparación, sobre todo si ella se resuelve en la determinación y cobro de una suma de dinero, que es el objeto mismo de su promoción”, C1°CCom. de Bahía Blanca, sala I, 9-5-2006, “Nicomedes, Héctor Mauricio c/Ocampo, Jorge y otro”, L. L. Online, AR/JUR/11309/2006.

³³ El artículo 1741 sobre indemnización de las consecuencias no patrimoniales dispone que “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

derechos cuya acción está concebida en virtud de condiciones personales del titular, los derechos que se conceden en virtud de que el titular tiene un estatus jurídico incesible (por ejemplo, el de cónyuge), los que son *intuitu personae* y los derechos personalísimos³⁴. Si bien es diversa a la formulación de Llambías, permite englobar dentro de sí a los mismos derechos. Se trata de derechos que por algún motivo están indisolublemente ligados a la individualidad de una persona (ver arts. 12 51 y 55), sin que ello implique excluir *per se* aquellos derechos que son de contenido patrimonial o que tienen consecuencias patrimoniales, por ejemplo, la acción de revocación de la donación por ingratitud.

IV) Significado de la reforma

En lo que respecta al objeto de la cesión la reforma mantiene la regla general amplia según la cual todo derecho patrimonial es cesible. Sin embargo, el nuevo régimen simplifica metodológicamente la cuestión sin referirse a casos particulares de cesión como lo hacía el anterior codificador luego de enunciar la regla general mencionada. Por otra parte, se habla de derechos como objeto de este tipo contractual, dejando de lado la fórmula utilizada por Vélez Sársfield, que hablaba de “objeto incorporal, derecho y acción”.

Art. 1618 *Forma*. La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual.

Deben otorgarse por escritura pública:

- a) la cesión de derechos hereditarios;
- b) la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento;
- c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

³⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 36 y ss.

I) Resumen

El artículo 1618 impone por regla general la forma escrita para todos los contratos de cesión, salvo aquellos casos en que se admita expresamente la transferencia por endoso o por entrega manual. Para algunos supuestos especiales, se profundiza la exigencia, requiriéndose la celebración de una escritura pública. La norma no establece las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la forma, resultando aplicable lo establecido en el artículo 1018 del Código que admite la conversión del acto jurídico.

II) Concordancias

Forma y prueba del acto jurídico (arts. 284 y ss.); forma de los contratos (arts. 1015 y ss.); contratos que deben realizarse por escritura pública (art. 1017); depósito a plazo (art. 1392); cesión de herencia: forma y oponibilidad (art. 2302, inc. b).

III) Interpretación de la norma**III.1) *La regla general sobre la forma del contrato de cesión y sus excepciones***

El artículo comentado establece como regla general la forma escrita para todo contrato de cesión de derechos, dejando a salvo aquellos supuestos en que la ley admita la transmisión por vía de endoso (v. gr., depósitos a plazo) o entrega manual (títulos al portador).

La exigencia de la forma escrita alcanza también a la cesión de aquellos derechos que no se encuentren documentados en un instrumento escrito, tal como ocurría en el marco del código derogado en virtud de lo dispuesto por el viejo artículo 1454. Lo mismo resulta del derecho vigente, dado que se prescribe la forma escrita sin distinguir si el derecho cedido se encuentra documentado o no.

En cambio, algunas cesiones en particular se excepcionan de la regla general, debiendo ser realizadas bajo la forma de escritura pública. Ellas son: a) la cesión de derechos hereditarios. Este subtipo de la cesión de derechos debe ser realizado en escritura pública, sin que la

ley admita para ningún supuesto el recurso al acta judicial, a diferencia de lo que ocurre con los derechos litigiosos. De todos modos, la oponibilidad se logra mediante el acceso al expediente sucesorio (art. 2302, inc. b); b) la cesión de derechos litigiosos. Cuando se trata de cesiones que involucran derechos reales sobre inmuebles, la forma de escritura pública es insalvable. La solución es concordante con lo dispuesto en el artículo 1017 que exige el otorgamiento de escritura pública para aquellos contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (inc. a) y derechos litigiosos o dudosos sobre inmuebles (inc. b). En caso de tratarse de derechos sobre cosas muebles, o bien derechos creditorios, la cesión puede también ser realizada por acta judicial; c) cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública. En este caso, lo establecido en el artículo comentado es concordante con lo previsto en el artículo 1017, inciso c, que exige que sean realizados por escritura pública todos los actos que sean accesorios de los contratos otorgados en escritura pública.

III.2) *Las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la forma exigida*

El artículo no establece cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la falta de cumplimiento de la forma establecida, se trate de la forma escrita o de la escritura pública. A fin de determinar dichos efectos es preciso recurrir a las normas sobre la forma incluidas en la parte general del contrato.

Resulta aplicable el artículo 1018 del Código. Al no requerirse una forma determinada bajo sanción de nulidad, el otorgamiento pendiente del instrumento previsto por la ley constituye una obligación de hacer. En consecuencia, ante la negativa de una de las partes a otorgar el documento, la norma citada permite que el juez lo haga en su representación, siempre que se encuentren cumplidas las prestaciones o bien se garantice su cumplimiento. Para mayor profundización al respecto se remite al comentario del artículo 1018.

IV) Significado de la reforma

El código derogado disponía que el incumplimiento de la forma prevista para la cesión acarrearla la nulidad del acto (arts. 1454 y 1455). Sin embargo, de acuerdo a la opinión de la doctrina mayoritaria la falta de forma escrita o de escritura pública si se trataba de acciones litigiosas, no producía la nulidad del contrato, sino que al tratarse de una forma *ad probationem*, frente a la falta del instrumento las partes podrían demostrar la existencia de la cesión recurriendo a otros medios probatorios. Desde otro punto de vista, la formalidad prevista para la cesión constituía una forma *ad solemnitatem* relativa, que implicaba que el contrato quedaba concluido como negocio en el que las partes se obligaban a otorgar el instrumento requerido, admitiéndose la conversión del acto de acuerdo a lo que disponía el antiguo artículo 1185 del código. En lo relativo a la forma de la cesión, la reforma recoge la opinión de la doctrina mayoritaria eliminando las referencias a la pena de nulidad derivada del incumplimiento de las solemnidades prescriptas, y haciendo posible la conversión del acto (art. 1018). Por otra parte, al regularse expresamente el subtipo de la cesión de herencia (arts. 2302 y ss.) se establece la necesidad de realizar este contrato por medio de escritura pública.

Art. 1619 Obligaciones del cedente. El cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder. Si la cesión es parcial, el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos.

I) Resumen

El artículo 1619 regula uno de los efectos que se producen entre las partes en virtud de la celebración de la cesión: la obligación del cedente de entregar los documentos probatorios del derecho cedido. De la norma puede colegirse, junto a otros argumentos, que el contrato de cesión en nuestro derecho se concibe —en principio con efecto traslativo— quedando a salvo las exigencias de título y modo que se establezcan en relación con los derechos reales. Por aplicación del principio general de que

nadie puede transmitir a otro un derecho más extenso del que tiene (art. 399), la cesión comprende también todo el contenido del derecho cedido.

II) Concordancias

Transmisión de los derechos (art. 399); obligaciones y derechos principales y accesorios (art. 856); cesión (art. 1614); efectos de la cesión respecto de terceros (arts. 1620, 1621, 1622, 1623, 1624); títulos valores (art. 1818); título y modo (art. 1892).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los efectos del contrato de cesión. Las obligaciones del cedente y del cesionario*

En el plano de los efectos del contrato de cesión cabe distinguir dos cuestiones. Una de ellas, relativa a la eficacia entre las partes del contrato, que se alcanza con el mero acuerdo de voluntades; la segunda concierne a la eficacia frente a terceros, que se da por intermedio de la notificación al deudor³⁵. Sobre esta última, se remite al comentario del artículo 1620.

La norma anotada se ocupa sólo de la eficacia del contrato entre las partes, que son el cedente y el cesionario. En el caso de cesión de créditos el deudor cedido no tiene carácter de parte, sino que permanece ajeno al acto al igual que otros terceros, si bien cabe reconocer que posee un interés especial en la cesión.

En su contenido, el artículo 1619 sigue los textos de los Proyectos de unificación de 1987 y de 1998, y establece que como consecuencia del contrato de cesión el cedente tiene la obligación de entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido que tenga en su poder. La entrega de los documentos es un acto de ejecución, de cumplimiento del negocio, dado que el contrato es consensual, y queda perfeccionado con el mero acuerdo de voluntades³⁶.

³⁵ Existe consenso en la doctrina nacional en relación con esta lectura de los efectos del contrato de cesión. Al respecto puede verse a: Spota, Gregorini Cluselas, Ariza, Garbini, entre otros.

³⁶ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, ps. 443 y ss.

Coherente con ello, en caso de cesión parcial, se dispone que el cedente debe entregar a su contraparte una copia certificada de los documentos. De esta forma, se tutela el interés de ambos contratantes, que quedarán constituidos como coacreedores en la misma relación obligatoria. Con esta disposición se resuelve una dificultad que se planteaba en el marco del código derogado, que nada preveía a este respecto. La doctrina consideraba que el cedente no tenía obligación de entregar el título porque seguía conservando el carácter de acreedor, pero que debía ponerlo a disposición del cesionario si le fuese necesario para proceder a la defensa de sus derechos³⁷.

Otros efectos que se producen entre cedente y cesionario además de la entrega de los documentos son los siguientes: a) la transmisión de la titularidad del crédito al cesionario, con todos sus accesorios; b) la obligación del cesionario de cumplir con la prestación a su cargo, si se hubiese pactado, es decir el pago del precio, la transferencia del dominio de una cosa o bien la transferencia de la titularidad de un derecho. Cada una de estas obligaciones se regirá supletoriamente por las normas de la compraventa, la permuta o la misma cesión (art. 1614); c) la obligación del cedente de responder por la evicción en las cesiones onerosas. Al respecto habrá de remitirse al comentario correspondiente a los artículos 1628 a 1630; d) la facultad del cedente y del cesionario para efectuar los actos tendientes a la conservación del derecho cedido. Al respecto, se reenvía al comentario efectuado en el artículo 1624.

III.2) *Momento desde el que opera la transferencia del derecho al cesionario*

Como se ha apuntado en el comentario inicial a este capítulo del Código, el contrato de cesión de derechos se perfila por regla general con efectos traslativos entre las partes. Es decir, que la transmisión de la titularidad del derecho se produce en el momento mismo del perfeccionamiento del negocio, y constituye su efecto jurídico más relevante.

De lo contrario, la norma se hubiese referido a la "obligación de

³⁷ Ídem, ps. 472 y 473.

transmitir el derecho" y no la hubiese dado por supuesta como lo hace, reglando únicamente la entrega del título como obligación a cargo del cedente.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que en el marco del nuevo Código la cesión abarca todo tipo de derechos patrimoniales, no sólo créditos, motivo por el cual es preciso aclarar que respecto a los derechos reales resta dejar a salvo las particulares exigencias para la transferencia de estos tipos de derechos en relación con la teoría del título y modo. Al respecto se remite a los comentarios del artículo 1892 y concordantes.

III.3) *Alcances de la transferencia del derecho*

Los derechos que son objeto mediato de la cesión se transmiten al patrimonio del cesionario con todo su contenido, sus accesorios, garantías, vicios, cargas y restricciones que tuvieran. Ello es así pues rige en materia de transferencia de derechos el principio general en virtud del cual nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y nadie puede adquirir un derecho mejor o más extenso que el que tenía su causahabiente (art. 399)³⁸. Es también reflejo del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal (obligaciones principales y accesorias, arts. 856 y 857)³⁹.

Manifestaciones de lo dicho ya se reconocían en el código derogado, en cuanto su artículo 1458 establecía que la cesión transmitía la fuerza ejecutiva del crédito si es que la poseía, los derechos accesorios, tales como la fianza, la hipoteca, la prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen personales. En relación con los derechos accesorios se consideró acertadamente que la enumeración realizada por el artículo citado resulta meramente ejemplificativa⁴⁰.

Evidentemente en relación con la cesión el nuevo Código ha considerado superfluo referirse a esta cuestión que puede colegirse del

³⁸ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 17 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 1 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

³⁹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 42.

⁴⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, p. 823.

CONTRATOS EN PARTICULAR

mencionado principio general, estructurado en el régimen vigente sobre la base del artículo 856. En otros casos, sin embargo, ha establecido de forma expresa que la transferencia comprende los accesorios que son inherentes a la prestación incorporada. Tal sucede en materia de títulos valores (art. 1818).

IV) Significado de la reforma

Para la formulación de la norma del artículo 1619, el Código se ha valido de los Proyectos de Reformas de 1987 y de 1998, recogiendo las consideraciones de la doctrina y la jurisprudencia en relación con el efecto traslativo de la cesión, y la consideración de la entrega del documento como una consecuencia del contrato y no como un requisito relativo al perfeccionamiento del mismo. Se abandona en este sentido el texto del código derogado que a este respecto se prestaba a confusiones. Por otra parte, el artículo 1619 resuelve las dificultades relacionadas con la existencia de una cesión parcial en lo relativo a la entrega del documento probatorio del derecho que se transmite por medio del negocio.

Art. 1620 *Efectos respecto de terceros.* La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables.

Art. 1621 *Actos anteriores a la notificación de la cesión.* Los pagos hechos por el cedido al cedente antes de serle notificada la cesión, así como las demás causas de extinción de la obligación, tienen efecto liberatorio para él.

Art. 1622 *Concurrencia de cesionarios.* En la concurrencia entre cesionarios sucesivos, la preferencia corresponde al primero que ha notificado la transferencia al deudor, aunque ésta sea posterior en fecha.

Art. 1623 *Concurso o quiebra del cedente.* En caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra.

I) Resumen

El conjunto de artículos comentados se ocupa de reglamentar los efectos que acarrea el contrato de cesión frente a los terceros que no son parte de él, con incidencia central en lo que concierne a la cesión de créditos. El Código adopta el sistema de la notificación al cedido como momento a partir del cual se desencadenan dichos efectos tornando a la cesión oponible a todos los terceros ajenos al acto. Consecuencia lógica de esto es la norma del artículo 1621 según la cual la extinción de la obligación por pago o por alguna otra causal producida antes de la notificación, libera al deudor cedido. También los conflictos que pudiesen suscitarse entre cesionarios sucesivos y entre el cesionario y los acreedores del cedente reunidos en el concurso o la quiebra, son resueltos tomando como punto de referencia el momento en que se ha producido la notificación de la cesión. En este agrupamiento de artículos corresponde también tener en cuenta al artículo 1626 que se comenta en forma conjunta con el artículo 1622.

II) Concordancias

Buena fe (art. 9°); fraude (art. 338); pago (art. 865); legitimación para recibir pagos (art. 883); causales extintivas de las obligaciones (arts. 931 a 956); efecto relativo (art. 1021); obligaciones del cedente (art. 1619); cesión de herencia (art. 2302, incs. b, y c); Ley 11.723, enajenación de derechos intelectuales (art. 53); cesión total o parcial de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas (art. 34). Ley 24.481, patente o modelo industrial (art. 38).

III) Interpretación de las normas

III.1) *Los terceros en el contrato de cesión*

Las normas que se anotan, aunque seguramente pensadas para resolver los conflictos generados en el ámbito de la cesión de créditos, exhiben una marcada generalidad y plasticidad, que resulta acorde con la metodología seguida. Las partes del contrato son únicamente el cedente

y el cesionario, y eventualmente sus sucesores; el resto son considerados terceros respecto del negocio, entre ellos, el mismo cedido.

Algunos terceros tienen un interés legítimo en la cesión que puede verse afectado por el negocio celebrado. Entre estos terceros se encuentra en primer lugar el deudor cedido, que si bien es ajeno al contrato de cesión, tiene un interés directo en el mismo por ser quien debe cumplir con la obligación cedida, motivo que justifica la notificación del traspaso del derecho⁴¹. De todas maneras sigue siendo ajeno al negocio y por ende no resulta posible que se oponga exitosamente a la cesión.

Los acreedores del cedente y del cesionario son también terceros que poseen un interés legítimo en el contrato de cesión, los primeros porque puede afectarles la salida de un bien del patrimonio de su deudor, y los segundos porque pueden beneficiarse con la consolidación de la cesión a favor del cesionario incorporando un nuevo bien a su patrimonio⁴². El perjuicio que pueden sufrir los acreedores de las partes es equivalente al que les produciría cualquier otro contrato de cambio, como una compraventa o una donación, porque éstos tienen la virtualidad de hacer ingresar o salir bienes del patrimonio⁴³. Las herramientas jurídicas de las que disponen los acreedores para proteger sus intereses afectados por la cesión de derechos son instrumentos generales tales como el embargo y las acciones de fraude o simulación.

En forma similar a los acreedores, también son terceros interesados los sucesivos cesionarios, tanto del primer cesionario como del cedente originario⁴⁴. Se analizará cómo se producen los efectos de la cesión respecto de ellos al comentar el artículo 1622.

⁴¹ El deudor cedido ha sido calificado como "el principal tercero en relación con la cesión", o bien un "tercero especial o diferente", como el "tercero más cercano". En este sentido puede verse: LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 53 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 116 y ss.; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., p. 87; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, ps. 839 y ss.

⁴² LORENZETTI, ob. cit., p. 53.

⁴³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, ps. 863 y ss.

⁴⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 53; GREGORINI CLU-

III.2) *Los efectos de la cesión respecto de terceros: la notificación al cedido. El alcance del artículo 1620*

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1620 la cesión surte efectos respecto de terceros desde que se realiza la notificación al cedido. Si bien la transmisión se produce con el acuerdo de voluntades, la notificación adquiere relevancia dado que marca el inicio de la oponibilidad *erga omnes* del negocio.

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que la notificación se impone respecto de los derechos creditorios, dado que sólo en ellos existe deudor a quien notificar. Por tanto, se ha considerado que la exigencia no operaba respecto de otras cesiones⁴⁵.

En el régimen vigente, teniendo en cuenta la salvedad establecida en el artículo 1620, puede interpretarse que la notificación opera como forma de publicidad en la cesión de créditos, dado que para los otros casos de cesión de derechos registrables rige el sistema de publicidad particular establecido para cada caso. Así sucede con la enajenación de derechos intelectuales -artículo 53 de la ley 11.723⁴⁶-, la cesión total o parcial de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas -artículo 34 de la ley 11.723-, o la patente o modelo industrial -artículo 38 de la ley 24.481-. Un supuesto especial se presenta con relación a la cesión de herencia, cuya oponibilidad se

SELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 116 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, ps. 839 y ss.

⁴⁵ Sin embargo, se planteó la necesidad de notificar al propietario en caso de cesión de usufructo: así BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, p. 448.

⁴⁶ Aunque la ley parece exigir el registro de los actos de transmisión de ciertas obras, bajo pena de invalidez, la doctrina ha sostenido que "...el legislador ha querido indicar, que el contrato no será oponible a terceros a menos que esté registrado (lo cual tiene mayor sentido), y no, como surge de la interpretación literal de la norma, que el contrato es inválido si no está inscripto", en VIBES, Federico P., *El sistema registral de: derecho de autor*, en L. L. 2008-C-795. El criterio es tomado de SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos* cit., t. IV. La misma interpretación ha prevalecido en la jurisprudencia. Así, en la CNCiv., sala A. en autos "Velich, Emilio R. c/Sadaic", fallada el 15-5-80, L. L. 1981-C-497, ha dicho que "Aunque el art. 53 de la ley 11.723 no distingue entre las partes y los terceros, la exigencia de la inscripción de la enajenación o cesión total o parcial de la obra sólo se refiere a los últimos y no a los contratantes para los cuales tiene valor".

CONTRATOS EN PARTICULAR

logra mediante la incorporación de la escritura pública de formalización al expediente sucesorio (art. 2302, inc. b). Sin embargo, coherente con la hermenéutica que se propone en este comentario, el artículo 2302, inciso c, dispone que la oponibilidad de los créditos de la herencia, se alcanza con la respectiva notificación al deudor.

La notificación es un acto unilateral *recepticio* por medio del cual se comunica al deudor la existencia de la cesión⁴⁷. El Código la adopta como un sistema de publicidad de la transmisión de derechos — básicamente creditorios— frente a todos los terceros⁴⁸. Se mantiene el criterio seguido por el código derogado, el que fuera criticado en virtud de que respecto a los restantes terceros la notificación al deudor no es más que una ficción, pues nada garantiza que ellos tengan conocimiento del negocio por esta vía⁴⁹. En los hechos la notificación no cumple la función práctica de anotar a los terceros interesados distintos del deudor, aunque se utilice la escritura pública; es por ello que se ha propuesto la utilización de un sistema de publicidad registral, sobre todo en cuestiones de transferencia de carteras de crédito en donde pueden encontrarse involucrados los consumidores⁵⁰. Como se advierte esta perspectiva no ha sido seguida.

En cuanto a la forma de la notificación, el artículo 1620 dispone que debe ser realizada por instrumento público o privado con fecha cierta. De esta manera, se dirimen algunas dudas que se suscitaban en el régimen del código derogado, que no regulaba específicamente este aspecto, estableciendo solamente que para que la notificación tuviese efectos respecto a los otros interesados debía hacerse por acto público. Es por ello que se sostenía que frente al deudor no se requería forma especial alguna, pero frente a terceros debía recurrirse al acto público⁵¹.

⁴⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, ps. 863 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 118.

⁴⁸ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 55; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 117.

⁴⁹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, p. 448.

⁵⁰ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 58.

⁵¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, ps. 56 y 57; GREGORINI

Algunas cuestiones de relevancia quedan por resolver en la nueva normativa, entre ellas: a) *Sujetos*: La notificación puede ser realizada por cualquiera de las partes, cedente o cesionario. Éste tiene un interés especial en efectuarla a fin de consolidar la transmisión operada en su favor, sustrayendo la cesión del ataque de los acreedores del cedente (embargos, ejercicio de acciones subrogatorias)⁵². Usualmente las partes delegan en un tercero tal actividad, por ejemplo, en un escribano actuante. El destinatario de la notificación es el deudor cedido o el representante con facultades para pagar. Si existiesen varios deudores, y la obligación fuese mancomunada, todos ellos deben ser notificados. En cambio, si la deuda es solidaria, se ha sostenido que basta con la notificación a uno de los deudores, aunque se ha destacado que resulta conveniente notificarlos a todos para evitar que uno de los codeudores ignorando la cesión pague toda la deuda al cedente⁵³. b) *Lugar de la notificación*: Dado que se impone la notificación por escrito, ya sea por medio de instrumento público o privado con fecha cierta, es precisa su realización en el domicilio real del deudor. En caso de cesión de un crédito derivado de un contrato entre cedente y deudor, no se considera válida la notificación al domicilio constituido en el contrato, porque éste tiene sólo efectos entre partes⁵⁴. c) *Oportunidad de la notificación*: El código no establece ningún plazo dentro del cual deba ser realizada la notificación, sin embargo cabe destacar que es de enorme interés para el cesionario realizarla con la mayor celeridad

CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 119 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, ps. 845 y ss.

⁵² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 55; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 121.

⁵³ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 56 y 57; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 122; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 844; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

⁵⁴ Éste es el criterio que ha seguido la mayoría de la doctrina. Al respecto puede verse: GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 123 y ss.; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., p. 93; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

posible, teniendo en cuenta los graves perjuicios que puede sufrir mientras el negocio no tenga eficacia frente a terceros, verbigracia, embargos de acreedores del cedente, o el pago válidamente realizado por el deudor al cedente, o la existencia de un cesionario posterior que notifique al deudor antes que él, etcétera⁵⁵. d) *Contenido de la notificación*: El artículo 1460 del código derogado disponía a este respecto que no resultaba necesario que en la notificación se le transcribiese al deudor cedido todo el contenido de la cesión. Bastaba entonces hacerle conocer la información necesaria que permita al deudor individualizar el crédito cedido y la persona que será su nuevo acreedor. No es preciso que el deudor tome conocimiento integral del negocio de cesión y de todas las condiciones pactadas, pues ello concierne sólo a las partes⁵⁶. Teniendo en cuenta que ello es así en virtud del principio del efecto relativo de los contratos (art. 1021), podría seguirse el mismo criterio en el marco del nuevo Código.

III.3) *Actos anteriores a la notificación de la cesión. El artículo 1621*

A este respecto se mantiene en líneas generales el régimen que adoptaba el código derogado en sus artículos 1468 y 1469.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1621, mientras no se efectivice la notificación de la cesión al deudor cedido, los pagos que éste hubiese efectuado al cedente tendrán efecto liberatorio. En consecuencia, el cesionario no podrá reclamar el pago al deudor cedido, sino que deberá accionar contra el cedente por incumplimiento contractual o bien por evicción si el crédito fue pagado con anterioridad a la cesión por considerarse un supuesto de cesión de derecho inexistente (art. 1629)⁵⁷.

De haberse producido el pago de la deuda en estas circunstancias

⁵⁵ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 123 y ss.; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 93 y 94; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

⁵⁶ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 125 y ss.; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., p. 97; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

⁵⁷ Ídem, ps. 302 y ss.

se plantea una dificultad relativa a la prueba de la fecha del mismo, dado que se cuestiona la validez de los recibos otorgados por el cedente, que generalmente son instrumentos privados carentes de fecha cierta, y en principio inoponibles al cesionario. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha considerado que no es exigible la fecha cierta teniendo en cuenta que en la generalidad de las operaciones los recibos se otorgan sin fecha cierta; además el deudor tiene posibilidad de oponer al cesionario todas las defensas o excepciones que tenía contra el cedente y cualquier otra causa de extinción de la obligación⁵⁸.

En base al artículo comentado, la liberación del deudor cedido también tiene lugar en caso de verificarse con anterioridad a la notificación cualquier otra causal de extinción de las obligaciones entre el cedente y el deudor cedido antes de la notificación, entre ellas la confusión, la novación, la prescripción liberatoria, la compensación, la transacción, etcétera. En consecuencia, ocurrida alguna de estas causales en el momento oportuno, antes de la notificación, el deudor cedido podrá oponerle al cesionario todas las defensas o excepciones que de ello se deriven⁵⁹.

III.4) *Conflictos entre cesionarios sucesivos. El artículo 1622 y el artículo 1626*

El supuesto de hecho que aborda la norma del artículo 1622 es el caso en que existan distintos cesionarios sucesivos del mismo derecho, circunstancia que puede tener origen en el error o la mala fe del cedente.

El conflicto que se genera entre los cesionarios se resuelve dando prioridad al cesionario que notificó al deudor en primer término. La solución es coherente con el sistema de la notificación como acto que otorga efectos a la cesión frente a los terceros, pues los distintos cesionarios no son más que terceros respecto de los contratos celebrados por los otros con el cedente⁶⁰.

La fecha relevante para dirimir el conflicto entre los cesionarios

⁵⁸ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 142 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 302 y ss.

⁵⁹ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 144.

⁶⁰ Ídem, p. 147.

CONTRATOS EN PARTICULAR

es la de la notificación, sin que resulten relevantes las fechas en que se hubiesen celebrado las distintas cesiones.

En caso de que las notificaciones hubiesen sido realizadas en el mismo día sin haberse indicado la hora de las mismas, todos los cesionarios quedan en igual rango, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1626. En consecuencia, los cesionarios deberán repartirse el crédito a prorrata, y por la parte no percibida tendrán acción contra el cedente en virtud de la garantía de evicción, al igual que los cesionarios totales que hubiesen sido desplazados.

Cabe observar que de acuerdo a la redacción del artículo 1626 si pudiera saberse la hora de la notificación de cada una de las cesiones concurrentes, diversa sería la solución del caso. Pareciera ser que se otorgaría prioridad de acuerdo a la hora de notificación. En sentido contrario, en el código derogado se aclaraba con precisión que la hora de la notificación no resultaba relevante para resolver la preferencia entre los cedentes.

Por último, cabe observar que el código derogado establecía en forma expresa que si alguno de los cesionarios sucesivos era de mala fe (v. gr., conocía la existencia de otras cesiones) o había cometido una grave imprudencia, no obtendría la preferencia frente a los otros cedentes aunque notificase en primer lugar (antiguo art. 1463). La misma conclusión puede colegirse del régimen vigente por aplicación del principio de buena fe (art. 9°).

III.5) Conflictos entre cesionario y acreedores del cedente. El artículo 1623

Como ya se mencionara, la ley no regula ningún plazo dentro del cual deba imperativamente notificarse la cesión, y en consecuencia ésta podría ser realizada en cualquier momento. Sin embargo, en el artículo 1623 el Código a fin de resolver el conflicto que se suscita entre los acreedores del cedente y el cesionario, establece dos supuestos que determinan el fin del tiempo útil para que la notificación produzca sus efectos. De este modo, si la notificación se realiza luego de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de quiebra del cedente, la cesión ya no resulta oponible a la masa de acreedores.

Esta disposición, tuitiva de los intereses de la masa de acreedores, resulta una lógica consecuencia del juego del desapoderamiento que se opera con la quiebra y del sistema de la notificación de la cesión para que operen los efectos frente a terceros. Ocurrido el desapoderamiento sin que la cesión hubiese sido notificada, el derecho cedido ingresa a formar parte de la masa de bienes afectados a la quiebra y destinados a satisfacer las deudas del cedente⁶¹.

La norma del código derogado, que en sustancia era similar al artículo comentado, señalaba que la notificación carecía de efectos respecto a los acreedores de la masa fallida si se "hiciera después del juicio de la declaración de quiebra". Esta expresión suscitaba algunas discusiones en la doctrina, prevaleciendo la opinión de quienes consideraban que el artículo hacía referencia a la sentencia declarativa de la quiebra del cedente⁶². Esta opinión es la que recoge el artículo del nuevo Código, agregando el momento de la presentación del concurso del cedente.

Asimismo, el Código no resuelve expresamente el conflicto que puede suscitarse entre el cesionario y los acreedores del cedente que hubiesen embargado el crédito cedido. El código derogado disponía que el embargo del crédito cedido ocurrido con anterioridad a la cesión priva de efectos a la notificación. De todas formas, puede llegarse a la misma conclusión aplicando la regla general del artículo 1620. El embargo prevalecerá si es anterior a la notificación de la cesión y viceversa, prevalecerá la cesión si la notificación de la misma fuese anterior a los embargos de los acreedores⁶³.

IV) Significado de la reforma

Es importante destacar que el Código vigente, a diferencia del anterior, consagra a la notificación de la cesión al deudor cedido como único sistema de publicidad frente a terceros del contrato de cesión.

⁶¹ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 132 y ss.; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., p. 101.

⁶² GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 132.

⁶³ Ídem, p. 133; LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 61.

Es decir que a partir de este anoticiamiento, el contrato resulta oponible no sólo frente al deudor sino también frente a todos los restantes terceros que puedan tener algún interés legítimo en contestarla.

El derecho vigente elimina a la aceptación como mecanismo para que el contrato adquiriera efectos frente a terceros, tal como lo preveía el antiguo artículo 1459 del código derogado. La aceptación consistía en el mero reconocimiento expreso o tácito del deudor de estar enterado de la existencia de la cesión. El problema más grave que se planteaba era en torno a la forma en la cual debía ser realizada la aceptación para ser considerada eficaz, dado que nada se establecía al respecto, generándose incertidumbre con relación a un tema de tanta relevancia como la oponibilidad del contrato frente a terceros⁶⁴.

Art. 1624 Actos conservatorios. Antes de la notificación de la cesión, tanto el cedente como el cesionario pueden realizar actos conservatorios del derecho.

I) Resumen

El artículo 1624 vuelve sobre el tema de los efectos que se derivan entre las partes en virtud del contrato de cesión, refiriéndose específicamente a la facultad que poseen cedente y cesionario para tomar medidas conservatorias del derecho cedido mientras no se haya producido la notificación del deudor cedido, contribuyendo a evitar riesgos que puedan llegar a afectar la futura percepción del crédito por el cesionario.

II) Concordancias

Obligaciones del cedente (art. 1619); actos anteriores a la notificación de la cesión (art. 1621).

⁶⁴ Algunos autores consideraban que la aceptación se encontraba sujeta a la misma forma que la notificación, debiendo realizarse por acto público para ser eficaz frente a los otros terceros distintos del deudor, mientras que otros consideraban que la aceptación no estaba sometida a ninguna forma en particular. Respecto a estas discusiones puede verse: GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial cit.*, ps. 123 y ss.; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado cit.*, p. 96; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos cit.*, t. 2, ps. 848 y ss.

III) Interpretación de la norma

El artículo comentado regula uno de los efectos que se producen entre las partes del contrato de cesión, efectos que se verifican con el mero acuerdo entre las mismas.

Según lo dispone la norma anotada, antes de la notificación tanto cedente como cesionario pueden realizar actos de conservación del derecho cedido es decir, aquellos actos que sin constituir el ejercicio actual de un derecho, tienen por finalidad asegurar el futuro ejercicio del mismo⁶⁵. Entre ellas se podría citar la interrupción del curso de la prescripción, la acción subrogatoria, inhibición del deudor, acción de separación de patrimonios, inventarios de bienes, oposición a particiones, el embargo, etcétera⁶⁶.

Hasta que no se opere la notificación de la cesión, el cedente conserva incluso las facultades de disposición del crédito, dado que puede recibir válidamente el pago del deudor (art. 1621), o celebrar con él cualquier otro acto extintivo de la obligación; e incluso en vigencia del código derogado se ha admitido que pueda demandar el pago judicialmente, independientemente de la responsabilidad contractual en la que incurra respecto del cesionario⁶⁷. Es por ello que resulta lógico que teniendo el cedente estas facultades de disposición antes de la notificación, tenga también la facultad de tomar las medidas conservatorias que resulten pertinentes⁶⁸.

Recientemente se ha señalado que esta facultad del cedente de realizar actos conservatorios constituye un deber colateral de protección del crédito que él tiene frente al cesionario como efecto del contrato

⁶⁵ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado cit.*, p. 127; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial cit.*, ps. 302 y ss.

⁶⁶ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado cit.*, p. 127.

⁶⁷ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos cit.*, t. I, ps. 446 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial cit.*, p. 153; ARIZA, *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial cit.*, ps. 302 y ss.

⁶⁸ GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial cit.*, p. 153.

CONTRATOS EN PARTICULAR

de cesión. Este deber se extiende hasta la notificación del deudor cedido, momento a partir del cual se produce la transferencia de los riesgos⁶⁹.

En relación con el cesionario se ha cuestionado el interés práctico que podría tener su facultad de tomar medidas conservatorias del crédito, dado que dispone de la notificación, herramienta más poderosa que hace al contrato oponible *erga omnes*, y le permite tomar cualquier tipo de medidas, no sólo conservatorias. Sin embargo, el interés podría presentarse cuando existiesen dificultades de hecho que hagan difícil la notificación, tales como la incapacidad del deudor y la ausencia de un representante legal, ausencia de hecho del deudor, el desconocimiento de su domicilio, etcétera⁷⁰.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1624 resume en sí a las anteriores disposiciones vigentes del código derogado en esta materia (los derogados arts. 1472 y 1473), motivo por el cual con relación a este aspecto no se han producido cambios sustanciales.

Art. 1625 *Cesión de crédito prendario.* La cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario.

I) Resumen

El texto expresa los límites que tienen el cedente y cesionario con relación a la cesión de un crédito garantizado con una prenda sobre cosas.

II) Concordancias

Cesión (art. 1614); accesoriadad (art. 2186); prenda (arts. 2219 y ss.); prenda de cosas (art. 2224); uso y abuso (art. 2226); prenda de créditos (art. 2232).

⁶⁹ LORENZETTI, *Traatado de los contratos* cit., ps. 44 y 52.

⁷⁰ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 127 y 128; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., t. 2, ps. 821 y ss.

III) Interpretación de la norma

El ámbito de aplicación de esta norma está dado por la cesión de un crédito que se encuentre garantizado con una prenda. La cesión de derechos comprende también la transmisión de todos sus accesorios, tal como se ha mencionado en el comentario al artículo 1619, por ende, comprenderá la transmisión de la prenda.

Sin embargo, el artículo anotado dispone que la cesión no autoriza al cedente o al tercero que tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario. Bastaría por tanto, según lo dispuesto en el artículo 1619 que el cedente entregue al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido. La restricción parece encontrar justificación en la circunstancia que la posesión de la cosa ha sido entregada por el deudor al acreedor prendario en el marco del negocio de prenda, salvo que se hubiese designado un tercero en ocasión de la formalización de aquél (art. 2221). Esta situación no puede variarse por la cesión del crédito, de la cual no participa el deudor o constituyente. Tal hermenéutica es coherente con las restricciones que el Código vigente impone al acreedor prendario respecto de la cosa prendada (art. 2226).

IV) Significado de la reforma

La solución consolida los criterios vigentes en el código derogado, en especial lo dispuesto en los artículos 3206, 3207, 3208 y concordantes.

Art. 1626 *Cesiones realizadas el mismo día.* Si se notifican varias cesiones en un mismo día y sin indicación de la hora, los cesionarios quedan en igual rango.

Ver comentario al artículo 1622.

Art. 1627 *Cesión parcial.* El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente.

I) Resumen

El artículo regula el supuesto en que cedente y cesionario resulten cotitulares del crédito en virtud de una cesión parcial, estableciendo que cualquier tipo de preferencia debe ser producto del acuerdo de las partes. No debe confundirse con el conflicto que se plantea frente a la concurrencia de cesionarios totales y sucesivos de un mismo crédito (art. 1622).

II) Concordancias

Obligaciones del cedente (art. 1619); cesión de bienes determinados (art. 2309); privilegios (art. 2573); privilegio, origen legal (art. 2574).

III) Interpretación de la norma

El supuesto de hecho al cual se refiere la norma anotada es el caso en que el cedente transmita una parte del crédito al cesionario, conservando la titularidad sobre la restante. De esta manera, cedente y cesionario devienen en cotitulares de un mismo crédito.

Si nada se estableció al respecto, se prescribe que el cesionario no tiene ninguna preferencia sobre el cedente, lo que resulta concordante con la regla general del artículo 2574. Ello implica que si los bienes del deudor resultan insuficientes para afrontar el pago, cada uno de ellos asumirá la pérdida proporcionalmente.

El pacto entre cedente y cesionario puede establecer prioridades más o menos amplias a favor de este último, siempre con el límite de no perjudicar a terceros. Es por ello que se ha sostenido que para el caso de quiebra del deudor cedido sólo puede pactarse una preferencia puramente interna entre cedente y cesionario pero no es posible pactar que el cesionario tenga prioridad sobre otros acreedores del deudor⁷¹.

⁷¹ Ídem, p. 823.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1627 reproduce el texto del código derogado, eliminando solamente la referencia que este último contenía en cuanto a la posibilidad de que el cedente garantice el crédito del cesionario de alguna manera.

La supresión de esta última frase no implica que sea imposible pensar en la constitución de una garantía a favor del cesionario parcial, sino que simplemente se trata de cuestiones diversas que la norma ha querido desvincular.

Art. 1628 *Garantía por evicción.* Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso; pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe.

Art. 1629 *Cesión de derecho inexistente.* Si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión.

Art. 1630 *Garantía de la solvencia del deudor.* Si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido. El cesionario sólo puede recurrir contra el cedente después de haber excutido los bienes del deudor, excepto que éste se halle concursado o quebrado.

Art. 1631 *Reglas subsidiarias.* En lo no previsto expresamente en este Capítulo, la garantía por evicción se rige por las normas establecidas en los artículos 1033 y siguientes.

I) Resumen

Los artículos anotados regulan el alcance de la garantía legal por evicción en el contrato de cesión, los supuestos de cesión que quedan excluidos de la misma, así como también los efectos de la evicción

producida (arts. 1628, 1629). Para el caso de las cesiones de crédito, se regula expresamente la llamada garantía de hecho o de solvencia del deudor cedido, que puede tener origen en la mala fe del cedente o en un pacto expreso entre las partes, haciendo aplicables las reglas de la fianza (art. 1630).

II) Concordancias

Obligación de saneamiento (arts. 1033 y ss.); responsabilidad por saneamiento (art. 1039); responsabilidad por daños (art. 1040); responsabilidad por evicción (arts. 1044 y ss.); permuta (art. 1174); donación (arts. 1556 y 1557); fianza simple (art. 1583); cesión de posición contractual (art. 1639).

III) Interpretación de las normas

El grupo de artículos aquí comentados da cuenta del régimen de la garantía por evicción en el marco del contrato de cesión, como un efecto natural del mismo que se produce entre las partes en tanto se trate de negocios onerosos.

Como se ha visto en ocasión de los comentarios a los artículos 1044 y siguientes, la evicción encuentra tratamiento en la teoría general del contrato, en el contexto de una regulación más amplia que principia con la obligación del saneamiento. De acuerdo a lo establecido por el artículo 1631, estas reglas generales operan como subsidiarias para todo aquello que no hubiese sido previsto en el grupo de artículos que aquí se comentan.

La transmisión del derecho objeto del contrato de cesión sólo puede generar responsabilidad por evicción, y no por vicios redhibitorios, que por definición se manifiestan en la materialidad de una cosa⁷².

A diferencia del código derogado la tipificación del contrato abarca la transmisión de todo tipo de derechos patrimoniales, no sólo los crediticios; por lo tanto las normas sobre evicción aquí previstas en

⁷² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 44 y ss.

principio son aplicables a cualquier tipo de cesión, salvo que en virtud de su contenido sean concernientes a la transmisión de créditos.

Tradicionalmente respecto de la evicción en la cesión se ha distinguido entre: a) la garantía legal o de derecho, aquella prevista supletoriamente en la ley como efecto natural del contrato de cesión (art. 1628), y b) la garantía de hecho o convencional, como cláusula contractual en la que se garantiza la solvencia del deudor cedido⁷³. La garantía de la solvencia es propia de la cesión de créditos.

III.1) La garantía legal por evicción en la cesión

La garantía legal o de derecho prevista en el artículo 1628 comprende “la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión”. Es decir que al transmitir el derecho, el cedente garantiza al cesionario los siguientes extremos:

- *La existencia del derecho*: Implica que el derecho cedido exista en su patrimonio, es decir, que es titular del mismo. Se considera que el derecho es inexistente cuando el cedente transmite un crédito que no le pertenece o que nunca existió, o bien cuando el derecho existió en su patrimonio pero se extinguió por una causal anterior a la cesión. Por ejemplo, en el caso de una cesión de créditos, la extinción del mismo por pago o alguna otra causal extintiva de las obligaciones⁷⁴.
- *La legitimidad del derecho*: Se vincula –en principio– a la correcta constitución del mismo, es decir, a la ausencia de vicios que puedan dar lugar a la nulidad, entre ellos vicios del con-

⁷³ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 134 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 158 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 387 y ss.

⁷⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 47; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 134 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 158 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., ps. 827 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 387 y ss.

sentimiento (tales como error, dolo o violencia) o incapacidad del deudor al constituirse la obligación, o existencia de vicios en el acto jurídico⁷⁵. De todos modos, no puede negarse —como lo considera Lorenzetti⁷⁶— que también cabe reconocer que la legitimidad puede referir a la titularidad para disponer, aludiendo al supuesto en que el crédito existe, mas quien lo cede no es su titular o bien carece de legitimación para transmitirlo a nombre de otro.

Es oportuno recordar que la garantía por evicción es debida respecto de la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la celebración del contrato de cesión, en total acuerdo con lo dispuesto en relación con los requisitos de la evicción en el artículo 1044 de este Código. Cualquier causal de origen posterior no tendrá la virtualidad de hacer nacer la obligación de saneamiento a favor del cesionario⁷⁷.

En cuanto al alcance o extensión de la garantía es posible afirmar que el cedente responde también por la existencia y legitimidad de los accesorios del derecho cedido, por ejemplo, las garantías de un crédito (hipoteca, prenda, fianza, etc.)⁷⁸.

III.2) *Los supuestos excluidos de la responsabilidad por evicción*

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1628, existen algunos

⁷⁵ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 134 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 158 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., ps. 827 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 387 y ss.

⁷⁶ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 44 y ss.

⁷⁷ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 137 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 162 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., ps. 829 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 387 y ss.

⁷⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. I, p. 478; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., ps. 136 y ss.; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., ps. 161 y ss.; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 387 y ss.

supuestos respecto de los cuales la garantía legal no tiene lugar: las cesiones a título gratuito, las cesiones de derechos litigiosos y dudosos.

La cesión realizada a título gratuito, también llamada cesión-donación, es excluida del ámbito de aplicación de la evicción. Este criterio es armónico con las disposiciones del artículo 1033, inciso a, de este Código que concibe a la obligación de saneamiento en el ámbito de las transmisiones de bienes a título oneroso.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que si la cesión fue gratuita pero con la imposición de un cargo o bien fue realizada con carácter remuneratorio, se aplicarán supletoriamente las normas de los artículos 1556 y 1557 que establecen la responsabilidad del donante por evicción.

También se encuentran excluidos de la garantía los casos de cesión de derechos litigiosos y de derechos dudosos, dado que en ambos supuestos el negocio involucra un riesgo que es asumido por el cesionario y que probablemente se trasunte en la negociación de un precio menor. De esta forma se dirime la discusión que se planteaba en el marco del código derogado, que excluía de la garantía sólo a las cesiones de derechos dudosos, sin mencionar a la cesión de derechos litigiosos⁷⁹.

III.3) *Los efectos de la garantía legal del derecho cedido. El artículo 1629*

La norma del artículo 1629 aborda los efectos de la garantía legal por evicción en el contrato de cesión. Si bien el artículo refiere solamente al supuesto de inexistencia del derecho cedido, cabe considerar que resulta aplicable a los casos de evicción por ilegitimidad del mismo. En el marco del código derogado se realizaba la misma interpretación en base a un texto casi idéntico⁸⁰.

⁷⁹ A este respecto pueden verse las distintas opiniones en: LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 46; GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., p. 139; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 832; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 159; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., ps. 388 y 389.

⁸⁰ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 48 y 49; GARBINI, en *Código*

Antes de analizar el artículo 1629, es preciso recordar aquí algunas cuestiones. El Código vigente, en materia de obligación de saneamiento asume un criterio dirigido a ampliar las acciones con las cuales cuenta el adquirente para tutelar su derecho. De esta forma, el artículo 1039 –a cuyo comentario se remite– reconoce al acreedor la posibilidad de: a) requerir el saneamiento del título cuando exista un vicio jurídico que lo afecte; b) reclamar un bien equivalente, y c) resolver el contrato. A ello debe agregarse el derecho de obtener la reparación de los daños sufridos en virtud de la evicción (art. 1040).

En este marco, la norma del artículo 1629 parecería referirse al supuesto en que el cesionario optase por resolver el contrato de cesión, pues dispone que siendo de buena fe, el cedente deberá restituir al cesionario: a) el precio recibido, y b) los intereses devengados desde el momento en que fue abonada la suma por el cesionario. A ello debería sumarse la tutela resarcitoria, que en caso de resolución comprendería la indemnización del daño al interés negativo, en este caso los gastos que hubiese demandado la celebración del contrato de cesión.

En cambio, siendo el cedente de mala fe, el artículo 1629 dispone que deberá además afrontar el pago de la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión. De esta manera, se agrava la responsabilidad del cedente incluyendo en la indemnización la utilidad que esperaba obtener el cesionario, cuestión que no dejaba de ser una expectativa para éste dependiente de meras circunstancias de hecho.

Teniendo en cuenta lo señalado, parece imponerse una interpretación conjunta con el artículo 1039, y cabría pensar la posibilidad de que, dependiendo de las circunstancias del caso, el cesionario pudiese intentar las otras acciones allí previstas en defensa de sus derechos, pidiendo la subsanación del vicio o bien la transferencia de un derecho equivalente. Por ejemplo, si el derecho adolece de ilegitimidad por incapacidad podría pretenderse la confirmación del acto por parte del

Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado cit., p. 141; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 832; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit., p. 391.

cedente o de su representante legal, o pedirse la transferencia de la titularidad de un crédito de similares características.

III.4) *Renuncia o modificación de la garantía*

La evicción comprende normas que son de carácter supletorio, motivo por el cual de acuerdo a la disposición del artículo 1036 las partes pueden modificar la garantía (aumentándola o disminuyéndola) o bien suprimirla totalmente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, las cláusulas cuya finalidad sea suprimir o restringir el funcionamiento de esta responsabilidad se encuentran sometidas a un control de legitimidad basado en la interpretación restrictiva y las exigencias de buena fe negocial. Al respecto ver los comentarios correspondientes a los artículos 1037 y 1038.

III.5) *La garantía de la solvencia del deudor en la cesión de créditos. Los artículos 1628 y 1630*

Por regla general, de acuerdo al artículo 1628, en el contrato de cesión la evicción no comprende la garantía de la solvencia del deudor cedido ni la de sus fiadores. El fundamento de esta disposición está en que con la cesión el cesionario asume el riesgo de insolvencia total o parcial del deudor cedido, riesgo que antes de la transferencia pesaba sobre el cedente⁸¹. Se trata de un riesgo propio de este tipo de negocios, que la ley decide –en principio– dejar librado a la negociación de las partes de acuerdo a la información con la que cuenten⁸².

Sin embargo, según lo dispuesto por el artículo 1628, el cedente está obligado a *garantizar* la solvencia en dos supuestos: a) *Cuando hubiese obrado de mala fe*: La mala fe del cedente consistiría en el conocimiento de la insolvencia del deudor cedido al momento de la cesión, sin comunicarlo al cesionario. Esta circunstancia deberá ser probada por el cesionario. En cambio, el código derogado adoptaba

⁸¹ GARBINI, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* cit., p. 140; GREGORINI CLUSELLAS, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., p. 163.

⁸² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 49.

un criterio diverso, dado que establecía una presunción de la mala fe del cedente cuando "la insolvencia fuese anterior y pública"⁸³. b) *Cuando hubiese asumido tal garantía en el contrato*: Se trata aquí de la llamada "garantía de hecho" o estipulación convencional de la garantía de la solvencia del deudor, posible en virtud del juego del principio de autonomía de la voluntad.

El artículo 1630 establece que si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza simple (art. 1583), respetando lo que las partes hubiesen convenido. Ello implica que el cesionario sólo podrá recurrir contra el cedente una vez que hubiese excutido los bienes del deudor cedido, salvo que éste se encontrase concursado o en quiebra. En síntesis, siguiendo al Proyecto de Unificación de 1987, el cedente es considerado fiador. Sin embargo, restan dudas respecto del alcance de la obligación del cedente, en tanto comprenda o no el monto total del crédito cedido o sólo el precio de la cesión. Es decir, ¿se lo considera fiador, obligado por el total del crédito?, o ¿sólo tiene relevancia en cuanto a la excusión de los bienes del deudor y sigue siendo "cedente" en cuanto al precio de la cesión? Esta última parece ser la interpretación más ajustada a la realidad del negocio.

IV) Significado de la reforma

En líneas generales los artículos comentados mantienen los aspectos más salientes de la normativa del código derogado en materia de evicción en la cesión. En relación con la mala fe del cedente como desencadenante de la garantía por insolvencia, el nuevo régimen descarta la presunción de mala fe del cedente en caso de insolvencia pública y notoria del deudor al momento de la cesión. Cabe destacar que respecto de la "garantía de hecho" se establece la equiparación del cedente al fiador, cuestión que no se hallaba resuelta en el marco de la anterior normativa.

⁸³ A este respecto puede verse: LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit. ps. 49 y 50; ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial* cit. p. 389.

SECCIÓN 2ª

CESIÓN DE DEUDAS

Art. 1632 *Cesión de deuda*. Hay cesión de deuda si el acreedor, el deudor y un tercero, acuerdan que éste debe pagar la deuda, sin que haya novación.

Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario.

Art. 1633 *Asunción de deuda*. Hay asunción de deuda si un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación.

Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, la asunción se tiene por rechazada.

Art. 1634 *Conformidad para la liberación del deudor*. En los casos de los dos artículos anteriores el deudor sólo queda liberado si el acreedor lo admite expresamente. Esta conformidad puede ser anterior, simultánea, o posterior a la cesión; pero es ineficaz si ha sido prestada en un contrato celebrado por adhesión.

Art. 1635 *Promesa de liberación*. Hay promesa de liberación si el tercero se obliga frente al deudor a cumplir la deuda en su lugar. Esta promesa sólo vincula al tercero con el deudor, excepto que haya sido pactada como estipulación a favor de tercero.

I) Resumen

El nuevo Código se ocupa de regular las convenciones relativas a la transmisión de deudas, que en el código derogado carecían de una regulación específica. Tipifica tres categorías de convenios: a) la cesión de deuda, que exige intervención del deudor (cedente), de un tercero (cesionario) y del acreedor (cedido); b) la asunción de deuda como acto bilateral, en la que participan un tercero y el acreedor, y c) la promesa de liberación, como acto que vincula al deudor con un tercero, y que sólo proyectará los efectos propios de la transmisión de deuda al acreedor, si las partes le dieran intervención a través de la figura de la estipulación a favor de terceros.

En cualquier supuesto, el deudor sólo quedará liberado si el acreedor lo admite expresamente. En tal caso, la regulación consagrada diferencia la transmisión de la deuda con liberación del deudor de la novación de la obligación.

II) Concordancias

Voluntad de novar (art. 934); novación por cambio de deudor (art. 936); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984/989); estipulación a favor de terceros (art. 1027).

III) Interpretación de las normas

III.1) *Noción y elementos tipificantes de los diversos tipos de contratos transmisivos de deudas o cesión de deudas "lato sensu"*

En un sentido amplísimo, la transmisión o traspaso de deudas engloba a aquellas convenciones por las cuales se transmite a un tercero la calidad de deudor, operándose sólo una mutación subjetiva en la relación obligacional primigenia, sin causar su extinción⁸⁴.

La Sección 2ª del Capítulo 26 (Título IV, Libro Tercero), bajo el título de *Cesión de deudas*, regula en realidad diversos tipos contractuales que cumplen esa función económica social de viabilizar el traspaso de una deuda sin extinguir la obligación originaria. Así aparecen contempladas: a) la *cesión de deuda propiamente dicha o en sentido estricto*, que supone un acuerdo entre el acreedor, el deudor y un tercero en virtud del cual éste se obliga a pagar la deuda, sin que haya novación (art. 1632); b) la *asunción de deuda*, que se configura cuando un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación (art. 1633). La *promesa de liberación*, que regula el artículo 1635 como acto bilateral en el cual participan el deudor y un tercero, no constituye en principio un negocio apto para provocar la modificación subjetiva de la obligación primigenia, sólo

⁸⁴ Ver ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Curso de obligaciones*, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 262.

producirá algunos efectos propios de la transmisión de deuda si las partes dan intervención al acreedor a través de una estipulación a favor de terceros.

A tenor de lo establecido en las disposiciones comentadas, es posible extraer los elementos comunes a esos contratos de transmisión de deudas que se tipifican –cualquiera sea su tipo–; siendo los siguientes:

- a) *La modificación del sujeto pasivo de la relación obligatoria*: que podrá configurarse tanto a través de la sucesión a título particular en la deuda como así también por medio de la adición de un nuevo deudor según el caso.
- b) *La ausencia de novación*: la figura en estudio exige que el acuerdo traslativo no implique novación de la obligación por cambio de deudor, es decir que no debe existir la voluntad de extinguir el vínculo originario. La novación exige *animus novandi* (art. 934), y se diferencia de la figura de la transmisión de deuda por que en ésta la obligación cedida permanece intacta excepto en lo referente a la mutación del sujeto pasivo de la relación jurídica. El hecho de que la obligación transmitida se mantenga con vida torna factible su extinción por algún otro medio extintivo diferente, por ejemplo, el pago, la confusión, la compensación, etcétera.
- c) *El concurso de la voluntad del acreedor*: la significación que la persona del deudor posee en el vínculo obligatorio –en especial por su solvencia– conduce a exigir siempre el consentimiento del acreedor para que la cesión de deudas se configure⁸⁵.

En definitiva, ante la ausencia de alguno de los elementos tipificantes enunciados *supra*, el acuerdo concluido entre tercero y deudor no será subsumible en ninguno de los tipos contractuales incluidos en esta sección; ello no obsta a su eficacia como una figura atípica. Por ejemplo, si se produce la novación de la obligación, existirá un contrato atípico que extinguiría la obligación original por cambio del deudor, creándose otra obligación nueva destinada a reemplazarla (art. 933); de no darse intervención al acreedor en el convenio entre deudor y

⁸⁵ Ídem, p. 264.

tercero –aunque sea como tercero beneficiario de una estipulación a su favor–, se tratará de una simple promesa de liberación o de cumplimiento⁸⁶.

III.2) Conformidad del acreedor: modalidades

El Código preceptúa en el artículo 1634 que la cesión de deuda, en sentido amplio, sólo produce la liberación del deudor si media conformidad expresa del acreedor, señalándose que puede ser anterior, concomitante o posterior a la transmisión de la deuda. Se recepta así el criterio predominante en nuestra doctrina.

Sin embargo, la norma establece que dicha conformidad del acreedor, siendo anticipada, resulta ineficaz si fue prestada en un contrato celebrado por adhesión. La solución que consagra el artículo 1634, *in fine*, es coherente con lo dispuesto por el artículo 988 cuando considera como no escritas –por reputarlas abusivas– las cláusulas que implican restricción o renuncia de los derechos del adherente. Precisamente, la conformidad anticipada del acreedor para liberar al deudor implica una renuncia a accionar contra él. Esto significa que la conformidad prestada de manera anticipada por el acreedor será eficaz si se inserta en un contrato paritario, negociado o discrecional.

III.3) El contrato de cesión de deuda “*stricto sensu*”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1632, la cesión de deuda es un contrato que exige la intervención de tres sujetos⁸⁷, el deudor o cedente, el cesionario –ajeno a la relación creditoria– y el acreedor (cedido), por el cual se acuerda que el tercero pagará la deuda del deudor originario al acreedor. Según el régimen vigente admite dos variantes: a) que el acreedor además de consentir la cesión preste su conformidad para liberar al deudor, o b) que el acreedor consienta la cesión pero no preste dicha conformidad y, por ende, el deudor continuará obligado. Cabe destacar que sea que el acreedor

⁸⁶ Ver sobre esta diferencia: LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 3ª ed. act. por Raffo Benegas, Perrot, Buenos Aires, 1982, t. II-B, p. 68.

⁸⁷ Ídem, p. 66.

libere o no al deudor la modificación subjetiva no tiene efectos novatorios, es decir que la obligación originaria permanece con vida.

III.3.A) Efectos de la cesión de deuda con liberación del deudor

El efecto propio del contrato, en este caso, reside en que el tercero sustituye por completo a la persona del deudor, quien queda exonerado. Por ende, el acreedor ya no podrá dirigir contra él la acción del cumplimiento de la obligación. La producción de tal efecto liberatorio sólo puede resultar de la voluntad expresa del acreedor, manifestación que puede producirse en oportunidad de la cesión, antes o con posterioridad a la misma (art. 1634).

El nuevo deudor o cesionario queda obligado en la misma medida y modalidades que su antecesor. La cesión implica una sucesión, vale decir, un simple cambio de persona, por lo tanto el contenido de la deuda permanece invariable. En consecuencia, el cesionario es deudor de los intereses vencidos en caso de estar impagos, de las cláusulas penales y del resarcimiento de los daños y perjuicios. Puede oponer al acreedor todas las defensas y excepciones que deriven de la relación de derecho existente entre el acreedor y el deudor primitivo, pero no puede hacer valer las defensas exclusivamente personales del anterior deudor. Por contrapartida, le asisten al tercero-cesionario las defensas nacidas en su persona contra el acreedor⁸⁸.

El régimen no especifica las consecuencias de la cesión de deudas en relación con las fianzas y las garantías reales constituidas por terceros en seguridad de la deuda. Tradicionalmente nuestra doctrina ha considerado que sólo subsisten después del cambio de deudor si el fiador o la persona a quien pertenece el bien gravado prestan su consentimiento⁸⁹. Pese a la falta de previsión legal, esa solución puede predicarse con sustento en el artículo 1640, que la admite expresamente en el contrato de cesión de posición contractual, precisamente para resguardar a los terceros que se han obligado como garantes frente a un cambio de deudor. Distinta es la situación respecto de los derechos

⁸⁸ CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 2ª ed. act., Platense, La Plata, 1992, t. I, p. 674.

⁸⁹ Ídem.

reales de garantía, verbigracia, hipoteca o prenda, constituidos por el deudor originario. Frente a ello, y en ausencia de pactos, señala con razón Díez Picazo que corresponde analizar si el consentimiento liberatorio prestado por el acreedor ha tenido por objeto sólo la deuda o también la responsabilidad emergente de las garantías constituidas por el deudor. En la duda, se impone una interpretación favorable al deudor, pues no cabe recortar los alcances de la liberación si no media reserva expresa del acreedor⁹⁰.

III.3.B) Efectos de la cesión de deuda sin liberación del deudor

En el supuesto de que el acreedor no preste su conformidad para la liberación del deudor, tendrá ante sí dos deudores contra quienes podrá dirigir la acción de cumplimiento. Sin embargo, la norma establece que el tercero quedará obligado como codeudor subsidiario. Esto significa que el deudor originario se mantiene como deudor principal, y una vez que el acreedor le haya reclamado podrá recién dirigirse contra el tercero obligado subsidiariamente en virtud de la cesión.

Esta solución que consagra el Código en el último párrafo del artículo 1632, si bien es coincidente con la regulación que proponía el Proyecto de Reforma de 1998, se aparta decididamente de la opinión dominante en la doctrina nacional antes de la reforma⁹¹. Sobre el particular, sostenían los autores que si el acreedor se reservaba su derecho contra el deudor primitivo no podía exigirle el pago sin haberlo requerido previamente al cesionario de la deuda, ya que lo contrario implicaría un abuso del acreedor y no se justificaría que el deudor le diera al acreedor un nuevo obligado porque al desembolso ya hecho se agregaría la carga de mantener la reserva necesaria para afrontar el pago que le requiriera el acreedor⁹².

⁹⁰ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 862.

⁹¹ LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., p. 65; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones* cit., p. 264.

⁹² Ver al respecto los Fundamentos del Proyecto de Reforma de 1998, donde en el § 249 se expresa que "Se supera de tal modo el problema que se planteaba cuando

III.4) El contrato de asunción de deuda

La asunción de deuda se configura cuando un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor. La relación que se da en el caso es sólo bilateral —entre el acreedor y el tercero— puesto que el deudor originario no participa en la negociación. Es decir, el tercero, sin que medie concurso de la voluntad del deudor, asume la obligación de éste, y lo desplaza y sustituye, ocupando su lugar.

Debe tenerse presente que, en el régimen vigente, la asunción de deuda sólo es admitida cuando el acreedor libere al deudor, de lo contrario, se la tiene por rechazada. Contrariamente a lo que ocurre con la cesión de deuda, la asunción de deuda sin liberación del deudor no constituye una modalidad tipificada por el Código.

En tal sentido, puede ocurrir que el acreedor convenga con el tercero que éste asume la deuda que pesa sobre el deudor originario, manifestando aquél su intención de no liberar a este último o guardando silencio al respecto. En tal caso, a pesar del convenio celebrado, la asunción de deuda se considerará rechazada por imperio de la ley. No obstante, nada impide que el acreedor libere al deudor con posterioridad si no lo hubiere hecho antes o simultáneamente a la asunción de deudas convenida con el tercero (art. 1634).

Especial mención merece, como ya se manifestó, que la liberación del deudor originario por el acreedor no significa que se produzca la novación de la obligación. Por el contrario, tal como surge expresamente del artículo 1633, esta figura exige, justamente, que no haya novación. Es propio de la asunción de deudas que la relación obligacional permanece intacta salvo en lo que concierne a la mutación del deudor que es sustituido por el tercero con ausencia del acreedor. No media aquí extinción de la obligación, sino sólo una modificación subjetiva.

Si el tercero no ha obrado con el ánimo de realizar una liberalidad, una vez que haya cumplido la obligación asumida tiene derecho a

el acreedor no consentía la liberación del cedente: en tal situación podía ejecutar a dos deudores, con lo cual se le escamoteaba utilidad a la transmisión de la deuda, pues en todo caso el antiguo deudor debía realizar las reservas necesarias para cumplir directamente".

repetir contra el deudor. Si éste conocía la obligación asumida, el tercero tendrá contra él una acción con fundamento en el mandato (art. 1319); si lo ignoraba, la repetición se justifica en virtud de la gestión de negocios (art. 1781) y, por último, si se produce contra la voluntad del deudor tendrá la acción de empleo útil (art. 1791), fundada en el enriquecimiento sin causa, en la medida del acrecentamiento patrimonial (art. 1794)⁹³.

III.5) Promesa de liberación. Principio general. Excepción

En el artículo 1635 se admite la promesa de liberación, también llamada por la doctrina promesa de cumplimiento. Se trata de un convenio celebrado entre el deudor y un tercero, en virtud del cual éste asume el deber de liberarlo de las responsabilidades que emergen de un vínculo obligacional. La figura importa una relación interna entre dichas partes, a la cual es ajeno el acreedor. Por ende, no puede ser invocada por él y tampoco serle opuesta. El tercero-promitente sólo queda obligado frente al deudor, y en caso de inejecución el deudor podrá ejercitar las pertinentes acciones de cumplimiento o, en su caso, resolver el negocio por incumplimiento, con más los daños que deriven de tal situación⁹⁴.

Es por ello que la promesa de liberación no constituye, en principio, un contrato que produzca el traspaso de la deuda a un tercero, pues al no concurrir el consentimiento del acreedor, el negocio no le es oponible ni puede tampoco invocarlo para demandar cumplimiento al tercero.

Sin embargo, y por excepción, en el supuesto de que el acuerdo entre tercero y deudor adoptara la estructura de la estipulación a favor del tercero (donde el acreedor sería el beneficiario), podría el instituto tener efectos similares a la cesión en cuanto confiere al acreedor una acción directa contra el tercero que ha asumido el com-

⁹³ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, 2ª ed. ampl. y act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 87.

⁹⁴ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., p. 68; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones* cit., p. 265; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 418.

promiso de liberar al deudor (art. 1635 *in fine*). Entiéndase que cuando la promesa sea pactada como estipulación a favor de terceros, el deudor cumpliría la función de estipulante, el tercero de promitente y el acreedor de beneficiario, quien con la aceptación adquiere directamente los derechos y facultades resultantes de la estipulación a su favor (art. 1027). Es decir que aceptado el beneficio, el acreedor podrá prevalerse de la estipulación y exigir el cumplimiento de la deuda al tercero promitente.

Aun en el supuesto de mediar estipulación a favor de terceros, el acreedor siempre podrá dirigir su acción de cumplimiento contra el deudor originario, es decir, no pierde en modo alguno esta potestad.

IV) Significado de la reforma

El Código avanza significativamente en materia de transmisión de deudas al tipificar diversas figuras contractuales que posibilitan la circulación de la calidad de deudor. Se recepciona de este modo la opinión imperante en la doctrina que bregaba por una regulación específica de la cuestión y pone a nuestro ordenamiento normativo en sintonía con la legislación de otros países.

Por otro lado, con la reforma se establecen claramente las variantes admitidas del instituto, se delimitan sus efectos jurídicos y se trazan las diferencias con la novación subjetiva por cambio de deudor, aspectos que contribuyen a aportar seguridad en el tráfico negocial. La cuestión no es menor si se observa que en la actualidad se trata de un negocio de empleo frecuente, en razón de que las deudas empresarias se han desembarazado de toda carga punitiva y se presentan al mundo como títulos que pueden dar una renta. Esto ha creado mercados de volumen considerable donde se comercializan títulos de la deuda pública de los Estados y títulos de la deuda de las empresas privadas de todo el mundo⁹⁵. Cabe remarcar que el Código regula sólo algunas modalidades de cesión de deuda, pero existen otras —no tipificadas— que quedarán amparadas por el juego de la autonomía de la voluntad.

⁹⁵ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 82.

CAPÍTULO 27

CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL

Art. 1636 *Transmisión.* En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión.

Si la conformidad es previa a la cesión, ésta sólo tiene efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido.

I) Resumen

La cesión de posición contractual se encuentra regulada como un contrato típico más y, como tal, debe reunir los elementos estructurales generales de todo contrato y aquellos particulares propios de la figura en análisis: a) la transmisión de la posición contractual, y b) la conformidad o aprobación del deudor cedido.

La conformidad del cedido resulta necesaria para que la cesión produzca sus efectos propios y puede darse con anterioridad, simultáneamente o después de la cesión. En el primer caso va a producir efectos a partir de la notificación al cedido a través de instrumento público o privado que otorgue fecha cierta, y en los restantes supuestos, una vez prestada dicha conformidad o aprobación.

Son susceptibles de ser cedidos los contratos bilaterales con prestaciones pendientes, es decir, aquellos que no se encuentren ejecutados en su totalidad en ambos polos de la relación contractual. Consecuencia de ello es que sólo pueden ser objeto de esta figura aquellos contratos que son de ejecución diferida o continuada.

II) Concordancias

Definición de contrato (art. 933); contratos unilaterales y bilaterales (art. 966); cesión en la locación de cosas (art. 1213); cesión de contratos o de créditos del dador del contrato de leasing (art. 1247); sustitución del mandato (art. 1327); créditos que puede ceder el factoreado (art. 1423); subagencia (art. 1500); subconcesionarios y cesión de con-

trato (art. 1510); cláusulas de cesión de posición contractual en el contrato de franquicia (art. 1518, inc. a); efectos respecto de terceros de la cesión de derechos (art. 1620).

III) Interpretación de la norma

III.1) Metodología

La transmisión de posición contractual es un problema relativo a los efectos del contrato, en tanto posibilita la circulación de la calidad de parte, y, consecuentemente, la incorporación de un tercero al negocio; ese efecto puede alcanzarse por vía convencional o legal⁹⁶. Desde esta perspectiva amplia, el tema ingresa en la teoría general del contrato. Sin embargo, dado el modo habitualmente convencional en que opera esa transmisión en la práctica negocial, el Código ha optado metodológicamente por regular el instituto desde su configuración contractual, como una de las tantas especies de contratos que tipifica.

Esa metodología no ha impedido que también se contemplen supuestos donde la cesión contractual opera *ministerio legis* (v. gr., art. 1189, inc. b); en estos casos, más allá de las previsiones legales específicas, corresponderá entender que las reglas previstas para el contrato de cesión de posición contractual se aplicarán supletoriamente, en tanto sean pertinentes; aunque no será exigible aquí la conformidad del cedido.

III.2) Concepto, caracterización y estructura del negocio

La cesión de contrato es un instrumento cuya función económica reside en posibilitar la circulación del mismo en su integridad; es decir, a través de habilitar el ingreso de un extraño en la categoría de parte contractual en lugar de uno de los contratantes originarios⁹⁷.

⁹⁶ Un supuesto de cesión legal del contrato previsto en el art. 1498 del código derogado se configura en el caso de enajenación de la finca arrendada.

⁹⁷ MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 235.

En otras palabras, la transmisión del contrato implica la sustitución del contratante por un tercero, que se ubica en la misma situación jurídica del transmitente. Sin embargo, esa transmisión no consiste en la suma de transmisión de créditos y transmisión de deudas, sino en la transferencia integral de la situación jurídica generada en el contrato⁹⁸.

Tal como surge de su ubicación metodológica –Capítulo 27 del Título IV de los *Contratos en particular*– la figura en análisis reviste naturaleza jurídica contractual. Es decir, se trata de un contrato autónomo y como tal debe reunir los elementos estructurales generales de los contratos, pudiendo caracterizarse como unilateral o bilateral según surjan obligaciones para una o ambas partes al tiempo de su celebración⁹⁹.

Asimismo, debe distinguirse claramente el contrato base que se pretende transmitir del contrato de cesión de la posición contractual propiamente dicho, por el cual el cedente transmite al cesionario sus derechos y obligaciones del contrato base.

En lo referente a la estructura del negocio, resulta conveniente poner de relieve que la transmisión del contrato cedido constituye un negocio complejo, que se muestra plurilateral en el plano de la realidad social, pues concentra tres centros de interés autónomos: el cedente, que es la parte saliente en la relación contractual objeto de cesión; el cesionario, que es aquel que ingresa en reemplazo del contratante saliente, y el cedido, que es la parte que permanece invariable en el contrato base –objeto de cesión–. Este negocio jurídico requiere necesariamente la intervención del cedido para producir sus efectos traslativos propios.

Pese a esa complejidad, el contrato de cesión de posición contractual se configura como un negocio jurídico bilateral, en cuya celebración intervienen el cedente y el cesionario. La aceptación o conformidad del cedido únicamente tiene relevancia, como se dijo, en el plano de la eficacia para que el negocio despliegue plenamente sus efectos propios.

⁹⁸ ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 570.

⁹⁹ Sexta Recomendación del Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, celebrado en Santa Fe en el año 1988.

III.3) *Ámbito de aplicación de la figura*

Antes de su regulación expresa, ya coincidía la doctrina en afirmar que la cesión de la posición contractual en su integridad, es decir como plexo de derechos y obligaciones, procede en principio sólo respecto de contratos bilaterales o sinalagmáticos; de lo contrario, el negocio trasmisivo tendría naturaleza de cesión de crédito o de asunción de deuda¹⁰⁰.

La norma en comentario delimita el ámbito de aplicación de la figura circunscribiéndolo a los contratos con prestaciones pendientes de ejecución. La exigencia relativa a que no medie cumplimiento total de las obligaciones emergentes del negocio se explica por que si una parte hubiere ejecutado íntegramente las obligaciones a su cargo, dejaría de ser deudora en la relación contractual de que se trata, al tiempo que su cocontratante dejaría de ser acreedor; situación en la cual sólo sería posible transferir créditos o deudas. En cambio, si el cumplimiento se ha producido de manera parcial, puede operar sin inconvenientes el instituto sobre aquella parte de las obligaciones no ejecutadas, respecto de la cual se continúa siendo deudor y acreedor¹⁰¹.

En razón de lo expresado, la cesión de posición contractual no resulta factible en los contratos de ejecución instantánea e inmediata, y es plenamente viable en los contratos de ejecución diferida y en los de ejecución continuada, categorías ambas que muestran prestaciones pendientes de cumplimiento.

No caben dudas de que la cesión de posición contractual exige también que el contrato no revista carácter *intuitu personæ*, al menos en relación con las obligaciones de la parte cuya posición contractual pretende transmitirse, pues en ese caso no sería factible la transmisión.

¹⁰⁰ ALTERINI, Atilio, *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 468; CARRER, Mario, *Cesión de posición contractual*, Premio Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresaliente, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, Advocatus, Córdoba, 2000, vol. XIX, p. 18; NICOLAU, Noemí y otros, *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 321.

¹⁰¹ CARRER, *Cesión...* cit., ps. 76 y ss.

III.4) *Elementos esenciales particulares del contrato*III.4.A) *Transmisión de la posición contractual*

Entre los elementos esenciales tipificantes de la figura contractual analizada se ubica en primer término la transmisión integral de los derechos y obligaciones que conforman la situación de parte contractual del cedente. Es por ello que la terminología empleada por el Código luce con mayor precisión técnica.

A diferencia de la cesión de créditos y de la asunción de deudas, que importan separadamente la transferencia del lado activo o del pasivo de la obligación, en la "cesión de posición contractual" se opera la transmisión global o conjunta de toda la relación obligacional, comprensiva a la vez tanto de los "derechos" como de los "débitos", y además con todas sus implicancias propias¹⁰². Por eso se ha sostenido con razón que no hay una serie o conjunto de cesiones de créditos y deudas emergentes de un contrato, descompuestas, individualmente consideradas, sino una operación única, con una finalidad igualmente única¹⁰³.

En definitiva, la cesión tiende a atribuir al cesionario la posición contractual como unidad, en la que se comprenden no sólo los créditos y las obligaciones, sino también todos los poderes que son inherentes a la titularidad de la relación. Por lo general, tales poderes, considerados individualmente, no son susceptibles de atribuciones en cuanto ellos son instrumentales respecto del interés contractual entendido en su globalidad (ej., excepción de incumplimiento)¹⁰⁴.

III.4.B) *Conformidad o aceptación del cedido*

El segundo elemento tipificante del contrato lo constituye la conformidad o aceptación del cedido, es decir, del sujeto que permanece inmutado y encarna el otro polo de la relación contractual objeto de transmisión. Al respecto, el artículo hace referencia a que "las demás

¹⁰² TRIGO REPRESAS, *La cesión del contrato...* cit.

¹⁰³ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 419.

¹⁰⁴ BIANCA, Massimo, *Derecho Civil 3. El contrato*, 2ª ed., trad. de Fernando Hinestroza y Édgar Cortés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 736.

partes lo consientan" y no sólo a la otra parte. Dicha expresión contempla la posibilidad de que existan contratos celebrados con intervención de más de dos partes.

En orden a la temporalidad de esa conformidad, la citada disposición admite que pueda prestarse "antes, simultáneamente o después de la cesión".

La conformidad previa o anticipada del cedido puede darse al momento de celebrarse el contrato ~~base~~ que luego será el objeto de la cesión de posición contractual. Incluso puede prestarse la conformidad anticipada de todas las partes ~~intervinientes~~ del contrato ~~originario~~ para una eventual y futura transmisión. En tal caso, una vez perfeccionada la cesión se requiere la notificación del cedido que ~~había~~ prestado su conformidad anticipada para que la misma comience a producir sus efectos propios¹⁰⁵. En cuanto a la forma de la notificación, el Código prescribe que la misma se realice mediante instrumento público o privado de fecha cierta (art. 1620).

Si la conformidad del cedido se presta simultáneamente a la cesión, es decir, si concurren las voluntades del cedente, cesionario y cedido en el momento del perfeccionamiento de la misma, la cesión producirá plenos efectos respecto de todos los sujetos interesados desde su celebración.

Por último, la norma que se anota contempla también que la conformidad o aprobación del cedido pueda producirse con posterioridad al contrato de cesión de posición contractual. En ese supuesto, recién a partir de ese momento resultará plenamente eficaz la cesión. Si dicha conformidad no fuese prestada, el contrato de cesión tendrá efectos entre cedente y cesionario pero no será oponible al cedido ni a los demás terceros, ante quienes seguirá obligado, como parte del contrato, el cedente.

Las soluciones adoptadas en esta materia por el Código muestran un cambio pronunciado respecto de las opiniones sostenidas ~~tradicio-~~

¹⁰⁵ La conformidad anticipada del cedido se encuentra prevista en los Códigos modernos que regulan la cesión del contrato, estableciéndose en ellos que la cesión será eficaz para el cedido a partir del momento en que le haya sido notificada, ejemplo de ello es el Código Civil de Perú de 1984 (art. 1435, último párrafo), el de Portugal de 1966 (art. 424, inc. 2ª), el de Italia de 1942 (art. 1407, párr. 1º).

nalmente por la doctrina y jurisprudencia nacional, puesto que se postulaba que el asentimiento de la parte cedida no era imprescindible para la plena eficacia de la cesión, sino para la liberación del cedente¹⁰⁶.

IV) Significado de la reforma

El Código confiere regulación expresa al contrato de cesión de posición contractual, favoreciendo la circulación de derechos y obligaciones que emergen de una determinada posición contractual, concebido como unidad, lo cual guarda armonía plena con la concepción dinámica del patrimonio, al tiempo que revitaliza y potencia el valor económico del contrato y de la situación jurídica que de él deriva.

Constituye un cambio significativo, en relación con las posiciones imperantes en doctrina y jurisprudencia, que se requiera la conformidad del cedido para que la cesión se vea perfeccionada. En tal sentido, cabe recordar que con anterioridad a la sanción del nuevo Código se sostenía que el asentimiento de la parte cedida no era imprescindible para el perfeccionamiento de la cesión, sino para la liberación del cedente.

Art. 1637 Efectos. Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a las otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario.

Sin embargo, los cocontratantes cedidos conservan sus acciones contra el cedente si han pactado con éste el mantenimiento de sus derechos para el caso de incumplimiento del cesionario. En tal caso, el cedido o los cedidos deben notificar el incumplimiento al cedente dentro de los treinta días de producido; de no hacerlo, el cedente queda libre de responsabilidad.

Art. 1638 Defensas. Los contratantes pueden oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, excepto que hayan hecho expresa reserva al consentir la cesión.

Art. 1639 Garantía. El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato. El pacto por el cual el cedente no ga-

rantiza la existencia y validez se tiene por no escrito si la nulidad o la inexistencia se debe a un hecho imputable al cedente.

Si el cedente garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los otros contratantes, responde como fiador.

Se aplican las normas sobre evicción en la cesión de derechos en general.

Art. 1640 Garantías de terceros. Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquéllas.

D) Resumen

La cesión de posición contractual comienza a producir los efectos traslativos que le son propios desde su celebración o, en su caso, desde la notificación a la parte cedida.

En la relación *inter partes* se produce la transmisión del cedente al cesionario del complejo de derechos y obligaciones que ostentaba el primero como un todo. La cesión de posición contractual puede ser onerosa o gratuita. En caso de que sea onerosa, pesa sobre el cedente la obligación del saneamiento que comprende la garantía por evicción. En tal sentido, el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato base cedido. Al tratarse de un efecto natural de los contratos onerosos la garantía por evicción puede aumentarse, disminuirse o excluirse con algunos límites o salvedades. Si dicha garantía se aumenta asegurando el cumplimiento del cedido, el cedente responde como fiador. Por último, las garantías de terceras personas no pasan del cedente al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas.

En la relación entre el cedente y el cedido, el efecto natural ante el silencio contractual es que el cedente queda apartado del contrato y liberado de toda responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, excepto que haya pactado con el cedente el mantenimiento de sus acciones contra éste para el caso de incumplimiento del cesionario.

En la relación entre el cesionario y el cedido, ambos asumen, recíprocamente, la figura de partes del contrato transferido y la totalidad

¹⁰⁶ NICOLAU, *Fundamentos...* cit., p. 322.

de los derechos y obligaciones derivados del mismo. En consecuencia, el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones nacidas del contrato y, recíprocamente, el cesionario puede oponerlas al cedido, como así también podrán oponerse todos los derechos derivados de la posición contractual que ostentan.

II) Concordancias

Disposiciones generales sobre obligación de saneamiento (arts. 1033/1043); responsabilidad por evicción (arts. 1044/1050); fianza (arts. 1574/1598); garantía por evicción en la cesión de derechos (art. 1628); cesión de derecho inexistente (art. 1629); garantía de la solvencia del deudor (art. 1630); reglas subsidiarias sobre evicción (art. 1631); transmisión de la posición contractual (art. 1636).

III) Interpretación de las normas

III.1) Efectos entre cedente y cesionario

El contrato de cesión o la notificación en su caso provocan la transmisión de la calidad de contratante en el contrato cedido, que pasa del cedente al cesionario (art. 1637, 1ª parte).

Esto significa que produce una modificación subjetiva de la relación contractual básica, que implica que: 1) el transmitente (cedente) pierde los créditos, los derechos potestativos y las expectativas correspondientes a la posición contractual cedida; 2) el cedente se libera de las obligaciones, de los deberes y de los estados de sujeción correspondientes a la referida posición contractual, y 3) el cesionario adquiere los créditos y asume las obligaciones que se le transfieren, amén de los derechos potestativos y expectativas correspondientes a la calidad de parte del contrato básico¹⁰⁷.

Otros efectos dependerán del carácter oneroso o gratuito que las partes hayan acordado al contrato de cesión de posición contractual. Pactándose como oneroso será procedente la resolución por incumpli-

¹⁰⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*. 5ª ed. Alameda, Coimbra, 1992, p. 394, citado por CARRER, *Cesión...* cit., p. 100.

miento contractual (art. 1087), la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1091) y pesará sobre el cedente la obligación de saneamiento (arts. 1033/1043) que comprende la garantía por evicción (art. 1628).

En concordancia con las normas generales sobre evicción, el artículo 1639 establece reglas particulares para este contrato, que obligan al cedente a garantizar al cesionario la existencia y validez del contrato. La garantía de existencia supone que el cedente sea el verdadero titular de la posición contractual transmitida. En cambio, la validez concierne a la adecuada constitución del título y a la ausencia de vicios que puedan dar lugar a la nulidad del mismo.

El cedente se compromete para con el cesionario a la atribución de la posición contractual cedida. Así, y por fuerza del compromiso traslativo, el cedente podrá ser tenido por incumplidor cuando el cesionario no adquiera la posición contractual o adquiera una posición que no corresponda, en todo o en parte, a la prometida¹⁰⁸.

Sin embargo, esta garantía prevista en el artículo 1639 puede disminuirse, aumentarse o excluirse por acuerdo de partes. El pacto de exclusión de la garantía carecerá de eficacia si la nulidad o la inexistencia se debe a un hecho imputable al cedente. La ampliación de la garantía puede tener lugar si se pacta que el cedente asegure al cesionario el cumplimiento de las obligaciones del/los contratante/s cedido/s. En tal caso, el cedente responde como fiador gozando, en principio, de los beneficios de excusión y división —si fueren varios— y debiendo cumplir subsidiariamente la obligación contractual.

Por último, cabe poner de resalto que el artículo 1640 dispone que las garantías constituidas en seguridad del crédito, por terceras personas, no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquéllas. La solución legal es la adecuada ya que, al prestarse una garantía, no resulta indiferente la persona obligada en forma principal. Muy por el contrario, las condiciones de solvencia, buen crédito y aun morales de la persona del deudor son especialmente tenidas en mira al momento de afianzar. Por ello, es coherente y justo que los terceros garantes deban autorizar expresamente que las garantías constituidas aseguren el cumplimiento de la prestación del cesionario.

¹⁰⁸ BIANCA, *Derecho Civil 3...* cit., p. 740.

III.2) *Efectos entre cedido y cedente*

Como se ha dicho, desde que el cedido presta su consentimiento para la transmisión de la posición contractual por parte de su cocontratante originario, el cedente le traspassa al cesionario el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la calidad de parte en el negocio jurídico básico. En consecuencia, el efecto natural –en ausencia de pacto– es que el cedente quede fuera del vínculo contractual originario y liberado de toda responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que emanan de aquél. La transmisión de la parte contractual propia de este contrato produce efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro.

Sin embargo, es factible que al tiempo de aprobar la transmisión, o con posterioridad, el contratante cedido haya pactado con el cedente el mantenimiento de sus acciones contra éste para el caso de incumplimiento del cesionario (art. 1637, 2ª parte). En este supuesto, teniendo en cuenta que el cedente se obliga a satisfacer una deuda ajena en forma subsidiaria y, según lo dispuesto expresamente por el artículo 1639, segundo apartado, resultan aplicables las normas relativas al contrato de fianza.

Debe tenerse presente que el artículo 1637, segundo apartado, impone al cedido la carga de notificar al cedente el incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días de producido. Se trata de un plazo de caducidad cuyo transcurso provoca la pérdida del derecho del cedido frente al cedente, quedando éste liberado de responsabilidad.

La solución legal resulta razonable ya que el hecho de que el cedente pueda conocer rápidamente el incumplimiento del cesionario le permitirá cumplir y evitar el agravamiento de los daños moratorios, como así también trabar las medidas cautelares necesarias para asegurar los bienes del cesionario y poder idóneamente subrogarse en los derechos del cedido para lograr el reembolso con más los intereses y/o la indemnización de los daños que el incumplimiento del cesionario le haya irrogado (art. 1592). Asimismo, dicha exigencia de notificación constituye una derivación del deber de buena fe que despliega sus efectos también en la etapa de ejecución de los contratos.

Por otro lado, otra consecuencia significativa es que la liberación del cedente constituye un efecto natural de la cesión (conforme se deduce, *a contrario sensu*, del art. 1637), que puede ser excluido por cláusula expresa. Esta solución consagra un criterio contrario al sostenido tradicionalmente por nuestra doctrina¹⁰⁹ y jurisprudencia¹¹⁰. Era opinión de los autores que el cedente quedase liberado cuando el cedido hubiera consentido expresamente la liberación de aquél, no siendo suficiente la conformidad con la cesión para inferir la liberación del cedente.

III.3) *Efectos entre cedido y cesionario*

El contratante cedido y el cesionario quedan situados recíprocamente, como partes del contrato transferido, titulares de la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del mismo. En consecuencia, el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones nacidas del contrato y, recíprocamente, el mismo derecho compete al cesionario frente al cedido (art. 1638, 1ª parte).

Asimismo, tanto el cedido como el cesionario podrán ejercer entre sí todos los derechos de crédito y aquellos inherentes a la posición contractual que ostentan. En tal sentido, podrán accionar por cumplimiento o por resolución del contrato con más los daños correspondientes por el incumplimiento contractual de su cocontratante.

En definitiva, las acciones que corresponden al cesionario contra el contratante cedido son todas aquellas que tienen su causa en el contrato cedido, pero no las que surgen del contrato de cesión de

¹⁰⁹ El Segundo Encuentro de Abogados Civilistas citado, en su Conclusión IV, recomendó que “Tanto en la transmisión voluntaria del contrato, como en principio en la que se produce por ministerio de la ley, la liberación del cedente no opera sin la aceptación del cedido y su expresa declaración de voluntad de desobligarlo”.

¹¹⁰ CCCom. de Azul, sala I, 14-8-2012, “Oroz, María del Rosario y Scalcini, Normando E. c/Rufino, Claudio Alberto y otros s/Escrituración”, L. L. Online, AR/JUR/41607/2012, donde se sostuvo que “los derechos y obligaciones emanados del contrato de compraventa pueden ser reclamados tanto al comprador como al cesionario del boleto, pues para considerar liberado al cedente se requiere la declaración expresa de voluntad del acreedor de exonerar al deudor primitivo, y no basta para ello la notificación de la cesión del instrumento”.

posición contractual, ya que éstas debe oponerlas al cedente. Ello es así porque no puede haber entrecruzamiento entre el negocio traslativo y el objeto de la transmisión¹¹¹.

Una limitación importante se impone en materia de garantías constituidas por terceros, al disponer el artículo 1640 que "Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquéllas". Esto significa que se opera la extinción de las garantías constituidas en seguridad de las obligaciones que pesan en cabeza del cedente en el contrato base, salvo consentimiento del garante. La solución legal resulta razonable, ya que la persona del obligado principal, sus condiciones de solvencia y buen crédito han sido especialmente apreciadas por el garante al tiempo de obligarse. La norma busca claramente proteger al garante, en cuanto exige su conformidad expresa en orden a asegurar el cumplimiento de las obligaciones que, por efecto de la cesión, pasan al cesionario.

Por último, resta señalar que el cedido no podrá oponer al cesionario otras defensas fundadas en relaciones personales con el cedente ajenas al contrato transferido, salvo que haya hecho expresa reserva al consentir la cesión (art. 1638 *in fine*). De acuerdo con ello, el cedido no podría, por ejemplo, oponer al cesionario la compensación de créditos que tenga contra el cedente ya que el contrato circula como un bien autónomo sin que se vea obstaculizado por vicisitudes extrañas a la relación¹¹².

IV) Significado de la reforma

En líneas generales la regulación del contrato de cesión de posición contractual en el nuevo Código merece una valoración positiva pues constituye un significativo avance, no sólo porque se regula la figura concediéndole tipicidad legal, sino que se lo hace con pocas normas, precisas y suficientes. Cabe destacar también que no se efectúan reiteraciones, y cuando resulta necesario hacer remisiones a otras normas del mismo cuerpo legal, se las realiza en forma coherente. Ello es lo

¹¹¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. II, p. 98.

¹¹² BIANCA, *Derecho Civil 3...* cit., p. 742.

que ocurre con la remisión a las normas de la garantía por evicción en la cesión de derechos o a aquellas que regulan el contrato de fianza.

Asimismo, se han receptado criterios consolidados del derecho comparado como, por ejemplo, la imposición de un plazo para dar aviso al cedente del incumplimiento del cesionario en el supuesto de que el cedido haya pactado mantener las acciones contra éste en forma subsidiaria¹¹³ o cuando se pactare que las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquéllas¹¹⁴.

En definitiva, la tipicidad dada por el legislador a este contrato permite suplir –en caso de silencio– la previsión de las partes en cuanto a los efectos naturales del mismo, como así también procura señalar cuál es la finalidad económica social que el legislador tuvo en mira al regular el negocio jurídico sirviendo de guía interpretativa para los contratantes y el eventual juzgador.

CAPÍTULO 28

TRANSACCIÓN

Art. 1641 *Concepto.* La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

D) Resumen

La norma apunta a definir al contrato de transacción a través de identificar y enunciar los elementos tipificantes de la figura, a saber: a) las concesiones recíprocas; b) la *res dubia* –derechos litigiosos o dudosos–, y c) la finalidad extintiva.

¹¹³ El Código Civil italiano lo fija en un plazo de quince días (art. 1408), el de Perú en treinta días (art. 1437) y el Código de Comercio de Colombia en diez días (art. 891).

¹¹⁴ Como lo hace el Código peruano en el art. 1439.

II) Concordancias

Definición de contrato (art. 957); causa (art. 1013); prohibiciones (art. 1644).

III) Interpretación de la norma

III.1) Naturaleza jurídica

Desde antaño una de las cuestiones que ha sido objeto de discusiones en materia de transacción fue aquella relacionada con su naturaleza jurídica. En este sentido, se perfilaron dos posiciones bien delimitadas; una, sostenida por quienes consideraban que se trataba de un contrato¹¹⁵, y otra, que la ubicaba dentro de la categoría más genérica de la "convención liberatoria"¹¹⁶.

Adherir a una u otra tesis estaba en relación directa con la concepción más amplia o restringida que se tuviere del contrato. Así, le negaron carácter contractual a la transacción quienes restrictivamente entendían que el efecto propio del contrato, o su finalidad inmediata, reside en generar obligaciones y no en extinguirlas, como sucede en la transacción. En cambio, para aquellos doctrinarios que compartían una concepción más amplia del contrato, éste no sólo es instrumento útil para crear obligaciones, sino también para modificarlas o extinguirlas, por lo tanto, la transacción podía encuadrarse dentro de esta categoría.

El código derogado daba sustento normativo al debate, puesto que, por un lado, preveía a la transacción como un modo de extinguir las obligaciones¹¹⁷, y su artículo 832 la calificaba simplemente como "un

¹¹⁵ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., 2006, t. III, ps. 791 y ss.; MAYO, Jorge A.; BURGOS, Débora y LAVEGLIA, Guillermo P., comentario a los arts. 832 a 861, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Alberto Bueres y coord. por Elena Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2B, p. 273; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 607.

¹¹⁶ LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. act. y ampl. por Alberto Jorge Bueres y Jorge Mayo, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 758 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix, *Transacción*, en R. C. y S. 2010-XII-3; COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, J. Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 373.

¹¹⁷ Vélez Sársfield se inspiró en el Código de Freitas y se ubicó en la línea de los Códigos brasileño (art. 1025) y peruano de 1984 (art. 1307).

acto jurídico bilateral"; luego, por otro, su artículo 833 prescribía que eran "aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este Título". Además, en la nota al artículo 857, el propio Vélez afirmaba el carácter contractual del instituto analizado¹¹⁸. En tal sentido, se ha afirmado que no resultaba relevante que el artículo 832 no utilizara la expresión "contrato" al definir la transacción, pues dicha norma sólo refería al género (acto jurídico bilateral), pero sin negar la especie (contrato)¹¹⁹.

El nuevo Código clausura esa discusión en tanto dispone expresamente que "La transacción es un contrato"¹²⁰ (ver Fundamentos) conforme reza la norma comentada. Además, metodológicamente, la regula como un tipo contractual, en el Título IV, referido a los *Contratos en particular*.

III.2) Concepto

Se ha afirmado en doctrina que la transacción es un contrato extintivo de derechos disponibles mediante la fijación o declaración de certidumbre de la situación existente entre las partes¹²¹.

El concepto adoptado ahora por el Código guarda semejanza con la noción que proponía el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, cuyo artículo 1571 establecía que "hay contrato de transacción si las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, extinguen derechos mediante concesiones recíprocas".

En la práctica, la transacción contiene renunciaciones o reconocimientos de derechos, que las partes realizan de manera corresponsiva e indi-

¹¹⁸ Vélez Sársfield expresa en la mentada nota: "La transacción es un contrato como está establecido en el art. 832 y en todos los Códigos publicados".

¹¹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 1994, t. 1.

¹²⁰ Sigue la línea de numerosos Códigos: francés (art. 2044); chileno (art. 2446); colombiano (art. 2469); ecuatoriano (art. 2428); venezolano (art. 1713); uruguayo (art. 2147); del Distrito Federal mexicano (art. 2944); español (art. 1809); italiano de 1942 (art. 1965); portugués de 1967 (art. 1248); boliviano de 1975 (art. 945); paraguay de 1987 (art. 1495).

¹²¹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 607.

visible, lo cual determina que se trate de un negocio declarativo y no constitutivo o atributivo de derechos¹²².

III.3) Elementos tipificantes

A partir de la caracterización contenida en la norma *sub examine*, es posible identificar como elementos tipificantes de la transacción a los siguientes:

a) Existencia de concesiones recíprocas.

La norma exige que las partes se hagan "concesiones" y que éstas sean "recíprocas". El verbo "conceder" significa dar, otorgar, reconocer o atribuir una cualidad o condición a alguien o algo. Por ello, la transacción exige que cada parte realice un sacrificio, en alguna medida, de sus derechos o pretensiones en beneficio de la otra.

Las concesiones recíprocas constituyen la nota de mayor significación en la caracterización de la transacción. Nuestra doctrina y jurisprudencia se ha encargado de remarcar este carácter principalísimo de tales sacrificios mutuos¹²³, habida cuenta de que constituye el elemento por excelencia que la define y tipifica; a la vez que representa la pauta diferenciadora con otras figuras jurídicas, tales como la renuncia, el allanamiento o el desistimiento, en las cuales si bien existe un abandono de derechos, el mismo proviene exclusivamente de la parte que lo efectúa¹²⁴.

Sin embargo, la doctrina es coincidente en afirmar que no es indispensable que las concesiones realizadas por cada parte sean equivalentes, o de igual valor, a las ventajas obtenidas a cambio. Es que la intención de una parte de alcanzar de manera rápida y anticipada la solución a un litigio de larga duración y dificultoso trámite puede conducirla a preferir este modo extintivo antes que obtener el reconocimiento pleno de sus derechos de manera tardía¹²⁵.

¹²² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 791.

¹²³ CSJN, 5-4-94, "Kestner SACI c/YPF", J. A. 1997-IV, síntesis; 29-10-65, *Fallos*: 263:158; SCJBA, 11-3-69, L. L. 138-988, 23.891-S; CNCiv., sala K, 14-2-95, J. A. 1996-II-325; sala B, 12-9-89, J. A., 1990-IV-360.

¹²⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Las concesiones recíprocas en la transacción*, en L. L. 1989-B-563; *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, del 1-1-2009, t. III, p. 673.

¹²⁵ ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones...* cit., p. 626.

b) *Debe referirse a obligaciones litigiosas o dudosas ("res dubia")*.

Según el texto analizado, las obligaciones litigiosas o dudosas constituyen la materia sobre la cual recaen los reconocimientos o sacrificios¹²⁶. En realidad, la transacción puede tener por objeto cualquier situación o relación jurídica controvertida¹²⁷, es decir que su ámbito de aplicación no se ve limitado sólo a los derechos creditorios, sino que se extiende a todo tipo de derechos, sean reales, intelectuales, o incluso a algunos derechos extrapatrimoniales, en tanto sean disponibles¹²⁸. Por tal motivo, hubiese resultado más correcto que la norma empleara la voz "derechos" en lugar de "obligaciones", tal como hizo el Proyecto de Reformas de 1998, que había subsanado esa imprecisión en el artículo 1571. Sin embargo, la deficiencia se supera a través de una interpretación sistemática de la disposición analizada, por cuanto si se la relaciona con lo dispuesto en el artículo 1644, se advierte que allí se alude a los "derechos" que no pueden ser objeto de transacción.

La expresión "obligaciones litigiosas" refiere, sin dudas, a aquellas que son materia de un proceso judicial y cuya existencia y/o alcances esperan ser dilucidados por los tribunales. En este sentido, la doctrina sostiene que la obligación no es litigiosa si existe sentencia firme en la causa, puesto que no pueden coexistir dos medios de terminación del proceso, uno normal –la sentencia– y otro anormal –la transacción–. En realidad, en opinión de alguna doctrina, el convenio posterior a un fallo judicial firme no constituye transacción, sino un mero acuerdo de pago¹²⁹.

En cambio, la expresión "obligaciones dudosas" resulta más difícil de definir, habida cuenta de que se controvierte si comprenden sólo a aquellas obligaciones que subjetivamente las partes consideran como tales, o si son dudosas cuando objetivamente, y a través de la opinión

¹²⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *La "res dubia" como motivación totalizadora de la transacción*, en E. D. 85-859.

¹²⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Obligaciones*, volumen segundo, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelitos*, nueva edición revisada por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, p. 369.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 369; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 590.

¹²⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, Cap. 22.

de especialistas formados en derecho, pudieran parecerlo. Tanto la mayoría de la doctrina¹³⁰ como así también la jurisprudencia¹³¹ entienden que es suficiente que lo sean subjetivamente para conformar la *res dubia* y validar el negocio transaccional.

c) *Finalidad de evitar un litigio o ponerle fin (finalidad extintiva)*.

La transacción presupone la existencia de una relación o situación jurídica objeto de controversia entre las partes, a la cual se pretende poner término con el acuerdo transaccional. La expresa enunciación de esa finalidad contenida en el artículo 1641 sitúa a la función extintiva del instituto como uno de sus elementos tipificantes¹³².

Los derechos litigiosos o dudosos importan una inseguridad a la que se busca poner fin para evitar un conflicto, o bien para extinguirlo. Cuando se trata de derechos dudosos, el propósito buscado será evitar el litigio; en cambio, si se trata de derechos litigiosos, la finalidad consistirá en poner término al mismo.

Por tanto, las partes buscan componer o solucionar esa controversia por sí mismas, renunciando recíprocamente a derechos y obligaciones de carácter dudoso o litigioso; así, el acuerdo alcanzado tiene efectos extintivos, y las partes se verán impedidas de plantear nuevamente la cuestión en el futuro¹³³.

IV) Significado de la reforma

La reforma resuelve en forma clara y definitiva la discusión doctrinaria y jurisprudencial con relación a la naturaleza jurídica de la transacción. Esta calificación posibilitará aplicar las normas generales

¹³⁰ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 793; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique, *Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, t. III, p. 193; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 315; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones...* cit., p. 626; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 591.

¹³¹ CNCiv., sala E, 28-11-91. "Arizcuren, Rosa E. c/Casano, Leticia", E. D. 145-674.

¹³² Ver al respecto los desarrollos de LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Obligaciones* cit., ps. 370 y ss.

¹³³ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. III, p. 116.

del contrato a aquellas cuestiones que lo demanden, especialmente en lo referente a la integración de efectos e interpretación de sus alcances.

Por otro lado, el nuevo Código se hace eco de las reiteradas críticas doctrinarias al código derogado en relación con la extensión innecesaria con que había sido legislada la figura de la transacción. El régimen aparece ahora simplificado en ocho artículos que contienen la regulación de los aspectos centrales.

Art. 1642 Caracteres y efectos. La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva.

I) Resumen

Esta disposición, reafirmando criterios ya vigentes en el código derogado, sienta una regla fundamental en materia de efectos de la transacción al reconocerle efectos de cosa juzgada, ya se trate de transacción judicial o extrajudicial; no siendo necesaria la homologación judicial para la operatividad de ese efecto preclusivo.

Además, la norma prescribe la interpretación restrictiva, criterio que sujeta la hermenéutica a la literalidad de los términos empleados por las partes para manifestar la voluntad, sin que sea dable presumir renuncias, desistimientos o pérdidas de derechos.

II) Concordancias

Efecto vinculante (art. 959); prueba de la renuncia (art. 948); interpretación restrictiva (art. 1062); forma de la transacción (art. 1643).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los efectos de cosa juzgada de la transacción*

Todo contrato tiene eficacia vinculante para las partes. En el caso de la transacción, ello se expresa en el carácter preclusivo de sus efectos, que el artículo en comentario afirma al disponer —como también lo hacía el código derogado— que "la transacción produce los efectos

de cosa juzgada". Esto significa que las partes quedan vinculadas a la composición de intereses alcanzada en ejercicio de su autonomía privada; por tanto, se verán impedidas de replantear la cuestión y volver a discutir sobre los derechos materia de transacción, siendo este efecto común tanto a la transacción judicial como a la extrajudicial¹³⁴.

La regla legal guarda coherencia con la función extintiva del instituto; en efecto, tratándose de un contrato por el cual se persigue la resolución de una controversia, el acuerdo compositivo alcanzado por las partes respecto de los derechos controvertidos extingue el diferendo y no admite una nueva controversia entre las mismas partes. En el supuesto de que alguna de ellas pretendiera desconocer el acuerdo y reabrir el conflicto sobre la cuestión transada, sería procedente la excepción de transacción.

Esta excepción de transacción tendrá el carácter de excepción previa y de especial pronunciamiento en el caso en que el acuerdo haya versado sobre derechos litigiosos, y el carácter de defensa de fondo que resolverá el juez en la sentencia en el caso de que la transacción recayera sobre derechos dudosos¹³⁵.

Asimismo, la norma en comentario aclara que el efecto de cosa juzgada se produce sin necesidad de homologación judicial. Ello es así porque la homologación judicial sólo habilita su ejecutabilidad a través del procedimiento de ejecución de sentencias, pero no constituye un requisito de eficacia¹³⁶.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la transacción no homologada judicialmente no da lugar a la ejecución de sentencia, en cuyo caso los interesados tendrán que articular su pretensión de cumplimiento de contrato por vía ordinaria, salvo que el instrumento en el que aquélla conste sea de los que traen aparejada ejecución¹³⁷. Es útil recordar que el Proyecto de Reforma de 1998 establecía que "la transacción produce los efectos de la cosa juzgada y causa ejecutoria sin necesidad de homologación judicial" (art. 1577, primera parte).

¹³⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 802.

¹³⁵ ZANNONI, Eduardo, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, dir. por Augusto Belluscio y coord. por Eduardo Zannoni, Astrea-Depalma. Buenos Aires, 1981, t. 3, p. 732.

¹³⁶ CNCiv., sala H, 31-10-96, "Sucheyre, Raúl c/Pérez, Irma", L. L. 1997-B-740.

¹³⁷ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 626.

La supresión, en el nuevo Código, de la expresión "causa ejecutoria" pareciera abonar la interpretación expresada.

En resumen, tanto la transacción judicial como la extrajudicial producen los efectos de cosa juzgada quedando cerrada la posibilidad de volver a plantear en juicio la misma controversia, o de desconocer el acuerdo compositivo alcanzado. Sin embargo, para que sea ejecutable deberán observarse los recaudos que establecen los Códigos Procesales locales, según el caso.

III.2) Interpretación restrictiva

La transacción es de interpretación restrictiva, no presumiéndose las renunciaciones, los desistimientos o la pérdida de los derechos, que forman la sustancia de ella, y debe estarse a los términos literales empleados por las partes¹³⁸. Cuando la norma en comentario dispone expresamente la interpretación restrictiva, manda al intérprete a ajustarse al tenor literal de los términos utilizados por las partes para declarar su voluntad (art. 1062).

Lo expuesto significa que la transacción sólo comprende y extingue los derechos litigiosos o dudosos exclusivamente considerados en ella según la común intención de las partes; debiendo entenderse en caso de duda que no alcanza a los derechos no incluidos en la misma de manera absolutamente inequívoca¹³⁹.

En concordancia con esa regla, cabe tener presente que dentro de las concesiones recíprocas propias de la transacción se encuentran ínsitas renunciaciones de derechos, y los actos que permiten inferirlas son también de interpretación restrictiva (art. 948).

IV) Significado de la reforma

La solución consagrada en el nuevo Código es clara, y pretende poner fin a la discusión doctrinaria y jurisprudencial que se había suscitado en tomo a la necesidad o no del requisito de la homologación para atribuir a la transacción efectos de cosa juzgada.

¹³⁸ LAFAILLE, *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones* cit., p. 757.

¹³⁹ TRIGO REPRESAS, *Transacción* cit., p. 3.

En tal sentido, hay quienes sostenían que la transacción no requería de homologación judicial, toda vez que al no deducirse objeciones que invaliden sustancialmente el acuerdo, se tornaba esa homologación en un ritualismo inútil¹⁴⁰. Asimismo, se sostuvo que el efecto de cosa juzgada que el artículo 850 del código derogado atribuía a la transacción no implicaba su asimilación a una sentencia, sino que debía interpretarse en el sentido de su irrevocabilidad¹⁴¹.

Otra postura muy fuerte sostenía que una transacción extrajudicial, o una que verse sobre derechos litigiosos no homologada judicialmente por el juez de la causa, está desprovista de la autoridad de cosa juzgada, sin perjuicio de lo cual es válida y eficaz para producir los otros efectos de la misma, como lo son la fuerza obligatoria, extinción, declaración o traslación de derechos, los cuales se pueden hacer valer por vía de acción o de excepción de transacción¹⁴².

Es probable que las diferencias no queden totalmente superadas, salvo que al efecto de cosa juzgada de la transacción se lo desvincule de su cumplimiento y forma de ejecución, sobre todo si se tiene en cuenta que lo relativo a la fuerza ejecutoria del título es inherente a la sentencia judicial y constituye materia propia del derecho procesal¹⁴³.

Art. 1643 *Forma.* La transacción debe hacerse por escrito. Si recae sobre derechos litigiosos sólo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistir de ella.

I) Resumen

Se regula a la transacción como contrato formal no solemne. En

¹⁴⁰ CNCiv., sala F, 28-6-78, Rep. E. D. 12-862; L. L. 1979-A-572, 35.012-S.

¹⁴¹ CNAT, sala II, L. L. 100-128; ST de Santa Fe, sala I, J. A. 1962-VI-240.

¹⁴² PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 624; LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-A, p. 835; TRIGO REPRESAS, *Transacción* cit., p. 3.

¹⁴³ BARRAQUERO, Argentino, *Transacción y cosa juzgada. Su régimen legal*, en J. A. 1950-IV-189.

cualquier caso debe celebrarse por escrito, sin embargo, cuando la transacción recae sobre derechos litigiosos, se suma como solemnidad la presentación en el expediente judicial donde tramita la causa, para que produzca sus efectos propios y sea inviable el desistimiento de las partes.

II) Concordancias

Libertad de formas (arts. 284 y 1015); forma impuesta (art. 285); expresión escrita (art. 286); categorías de ~~ineficacia~~ (art. 382); conversión (art. 384); nulidad relativa (art. 388); ~~deber~~ de buena fe (art. 991); modificaciones al contrato (art. 1016); ~~derechos~~ dudosos o litigiosos sobre inmuebles (art. 1017, inc. b); ~~otorgamiento~~ pendiente del instrumento (art. 1018).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Forma de la transacción*

Como regla, la transacción es regulada como contrato formal (art. 1015), dado que el presente artículo le impone la forma escrita para su eficacia.

En el supuesto de transacción extrajudicial, es decir, aquella que recae sobre derechos dudosos, la forma escrita aparece como la única solemnidad requerida, tratándose de una forma no solemne. En cambio, la transacción judicial, o sea aquella relativa a derechos litigiosos, se sujeta a formalidades más exigentes, habida cuenta de que se requiere la presentación del instrumento ante el juez donde tramita la causa. Por último, si la transacción tiene por objeto ~~derechos~~ dudosos o litigiosos sobre inmuebles, debe ser hecha por escritura pública (art. 1017, inc. b).

Puede afirmarse que, en cualquiera de los casos, la transacción es un contrato formal no solemne ya que la forma escrita no se exige bajo pena de nulidad. Por ello, si la transacción no se celebra por escrito, no producirá los efectos propios, pero sí otros diferentes. La transacción celebrada verbalmente, o en instrumento privado en caso de inmuebles, va a valer como acto en que las partes se han obligado

a cumplir con la formalidad exigida por la ley pudiendo elevarse a la forma requerida y alcanzar así su plena eficacia (arts. 285, 384, 1018).

III.2) Forma de la transacción judicial

La transacción operada en un proceso judicial, a más de sujetarse a la forma escrita, requiere para producir sus efectos propios que el instrumento firmado por los interesados sea presentado ante el juez de la causa.

En otras palabras, la transacción judicial debe celebrarse por escrito como condición intrínseca del acto, empero también debe presentarse ante el juez de la causa como condición extrínseca al mismo. Dicha exigencia de presentación hace al perfeccionamiento del negocio, pero no a su validez, pues antes de que esa condición de eficacia se cumpla, el acto es regular pero incompleto¹⁴⁴.

Se ha considerado, a la luz del código de Vélez –cuyo artículo 838 contenía una solución semejante–, que la transacción sobre derechos litigiosos celebrada por escrito, pero sin presentación en el expediente judicial de la causa, tenía una eficacia pendiente porque la realización de sus efectos propios se hallaba sujeta a una *conditio iuris* o cumplimiento de una formalidad impuesta por la ley¹⁴⁵; ante la nueva regulación es posible arribar a idéntica conclusión.

Y es por esta razón que, antes de la presentación al expediente, las partes –o una de ellas unilateralmente– pueden desistir de la transacción. Se ha dicho que si la omisión de la presentación tomara nula la transacción –cosa que no ocurre–, lo que debería hacer quien la impugnase sería ejercer la acción de nulidad¹⁴⁶. Es decir, al referirse la norma a la posibilidad de desistir del acto, deja traslucir la idea de validez.

La desistibilidad autorizada por la norma rige hasta el momento en que la transacción sea presentada al juicio respectivo. A partir de la presentación del instrumento en las actuaciones judiciales, la tran-

¹⁴⁴ ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...* cit., p. 717.

¹⁴⁵ BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. 2, p. 557.

¹⁴⁶ ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia de los actos jurídicos*, 4ª impr., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 133.

sacción produce plenamente sus efectos, entre partes desde la fecha en que se celebró el acuerdo, y frente a terceros desde que el documento adquiriera fecha cierta¹⁴⁷.

Resta afirmar que antes de la presentación al juez de la causa, pese a tener la transacción una eficacia pendiente, el desistimiento unilateral injustificado podría dar lugar a responsabilidad precontractual en caso de que implicara una violación al deber de buena fe, frustrando la confianza suscitada en la otra parte (art. 991).

IV) Significado de la reforma

El nuevo Código unifica en una única disposición las cuestiones vinculadas a la forma de la transacción, estableciendo la forma escrita –con carácter de forma no solemne– para aquellas cuyo objeto sean derechos tanto dudosos como litigiosos, solución que otorga mayor seguridad entre partes y respecto de terceros. Contrariamente, en el código de Vélez se desdoblaba la regulación siendo la transacción extrajudicial no formal con forma exigida para la prueba.

En materia de transacción sobre derechos litigiosos, la solución legal resulta más flexible, habida cuenta de que en el código derogado era un contrato formal solemne. En cambio, con la reforma, realizando una interpretación sistemática del Código, puede interpretarse que el incumplimiento de la exigencia de la presentación ante el juez de la causa sólo posibilita desistir de la transacción celebrada.

Art. 1644 Prohibiciones. No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables.

Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.

¹⁴⁷ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 605; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones...* cit., p. 629; LLAMBÍAS, comentario a los arts. 837-838, en *Código Civil anotado* cit., p. 817.

I) Resumen

El objeto de la transacción se rige por las reglas aplicables a las normas del objeto de los actos jurídicos en general y al objeto de los contratos en particular. La regla general específica aquí consagrada es que puede transigirse sobre todo tipo de derechos patrimoniales en los cuales no aparezca comprometido el orden público. Tampoco resulta posible transigir respecto de derechos irrenunciables, en tanto las concesiones recíprocas propias de la transacción implican —normalmente— renuncia de derechos. Asimismo, se excluyen también los derechos que versen sobre relaciones de familia o el estado de las personas. Sin embargo, podría transarse sobre los derechos patrimoniales derivados de éstos o cuando el Código expresamente admite pactar.

II) Concordancias

Orden público (art. 12); renuncia (art. 13); relaciones de familia (Libro Segundo); objeto del acto jurídico (art. 279); libertad de contratación (art. 958); renuncia y remisión (art. 944); objeto de los contratos (arts. 1003 y 1004); herencia futura (art. 1010).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El objeto de la transacción. Límites*

En razón de constituir la transacción un contrato, las normas generales que regulan el objeto de los actos jurídicos y de los contratos en particular le son plenamente aplicables. Por ende, la transacción no puede tener por objeto un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o ser lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad de la persona (art. 279). Además, y en concordancia con ello, el objeto de la transacción debe respetar los recaudos que se exigen al objeto de todo contrato; así, debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial (conf. art. 1003).

La especificidad, en materia de objeto de la transacción, se configura en razón de los actos de naturaleza renunciativa que están implicados

en este negocio. De ahí que, como regla general, resulte posible transigir sobre todos aquellos derechos subjetivos que sean disponibles para las partes. Entonces, pueden ser objeto de la transacción los derechos patrimoniales en general y todas aquellas relaciones de derecho privado que no comprometan el orden público.

Los límites establecidos en el artículo 1644 son consecuencia lógica de la indisponibilidad de ciertos derechos. En efecto, la primera limitación refiere a que la transacción no puede comprometer el orden público. Se trata de una reiteración del principio general consagrado en el artículo 12, donde ya se establece claramente que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El mismo sentido tienen las reglas contenidas en los artículos 279 y 1004, y el artículo 958 cuando preceptúa que las partes son libres para celebrar el contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por el orden público.

Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos irrenunciables. Como ya se señaló, las concesiones recíprocas propias de la transacción implican con frecuencia renunciaciones respecto de los derechos controvertidos entre las partes del negocio. Por ende, resulta lógico que si tales derechos son irrenunciables la transacción no podría celebrarse válidamente. Ejemplo de ello lo constituyen la renuncia anticipada de las defensas que pueden hacerse valer en juicio o de derechos que afecten intereses públicos (art. 944) como lo sería la posibilidad de utilizar la vía criminal o la renuncia a la acción de reclamación o de impugnación de la filiación (art. 576).

Otra limitación se impone en cuestiones relativas a las relaciones de familia y estado de las personas, que tampoco pueden ser materia de transacción. Se trata también de derechos que no son disponibles y cuya regulación es de orden público. Las acciones de estado son aquellas que tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de familia o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento. El objeto de las acciones de estado de familia se refiere siempre al título de estado, sea que se intente constituirlo, sea que se intente modificarlo o destruirlo¹⁴⁸. De ahí que la organización

¹⁴⁸ ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...* cit., p. 727.

CONTRATOS EN PARTICULAR

de la familia y las cuestiones relativas al estado de las personas están al margen de toda posibilidad de transacción pues comprometen el orden público y no se tolera que puedan ser disponibles por dicha vía.

Ahora bien, cabe señalar que esta última prohibición admite algunas excepciones, expresamente reconocidas en el último párrafo del artículo anotado. Por un lado, se admite el acuerdo transaccional relativo a derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia y del estado de las personas. En tal sentido, bajo la vigencia del código derogado, se resolvió que era válida la transacción sobre los bienes hereditarios celebrada entre los hermanos del difunto y la cónyuge superviviente de éste a quien se imputaba haber perdido la vocación hereditaria por hallarse separada de hecho sin voluntad de unirse¹⁴⁹. Del mismo modo, se ha considerado que la transacción pecuniaria con una presunta hija natural del causante puede hacerse siempre que ella no renuncie a sus derechos como tal¹⁵⁰.

Por otra parte, la norma también admite la viabilidad de la transacción sobre cuestiones relativas a relaciones de familia y estado de las personas en aquellos supuestos que el Código expresamente admite pactar sobre derechos de esa índole.

IV) Significado de la reforma

El nuevo régimen delimita con precisión los derechos que pueden ser materia de transacción, como así también las prohibiciones y excepciones, superándose la casuística que exhibía en la materia el código derogado, y las críticas de las que había sido objeto¹⁵¹.

Art. 1645 Nulidad de la obligación transada. Si la obligación transada adolece de un vicio que causa su nulidad absoluta, la transacción es inválida. Si es de nulidad relativa, las partes conocen el vicio, y tratan sobre la nulidad, la transacción es válida.

¹⁴⁹ C1*CCom. de La Plata, 12-3-48, J. A. 1948-I-445.

¹⁵⁰ CNCiv., sala D, 10-8-51, L. L. 66-86; SCJBA, 3-7-56, L. L. 85-240; 11-3-69, J. A. 3-1969-634.

¹⁵¹ LAFAILLE. *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones* cit., ps. 764 y ss.

I) Resumen

La disposición regula sobre la nulidad de la transacción, cuando resulta como consecuencia de la nulidad de los derechos que constituyen su objeto. Ello es así, pues la obligación controvertida constituye presupuesto y causa del acuerdo transaccional, lo cual requiere la validez de la obligación respecto de la cual versa el acuerdo transaccional. Si la nulidad que le afecta fuere absoluta, la transacción siempre será inválida, puesto que tal nulidad no es susceptible de subsanación. En cambio, si la nulidad fuere relativa, el vicio fuere conocido por las partes y la nulidad es tenida en cuenta en la transacción, se admite la validez de la transacción, que viene a actuar como confirmación de la relación jurídica nula que le sirve de antecedente.

II) Concordancias

Causa del acto jurídico (art. 281); nulidad (art. 386); nulidad absoluta (art. 387); nulidad relativa (art. 388); confirmación (arts. 393/395); necesidad de causa en los contratos (art. 1013); nulidad de la transacción (art. 1647).

III) Interpretación de la norma

Las relaciones jurídicas materia de transacción pueden ser nulas porque adolecen de algún vicio o defecto en alguno de sus elementos necesarios: sujetos, objeto, fuente y finalidad. A título ejemplificativo, en cuanto a los sujetos, la obligación puede ser nula porque éstos carezcan de capacidad o legitimación para obrar; en cuanto al objeto, la obligación puede ser nula porque éste no sea posible; en cuanto a la fuente, puede que la obligación sea nula porque no haya existido intención en el deudor por encontrarse viciado el consentimiento por error, dolo o violencia, y en cuanto a la finalidad, puede ser nula por ser la causa-fin ilícita.

Cualquiera sea el caso, la nulidad de la relación jurídica sobre la cual versa la transacción se proyecta sobre su propia eficacia, pues el negocio transaccional se verá privado de objeto y de causa. Como bien se ha dicho, la transacción requiere como elemento esencial la

existencia de derechos, sean dudosos o litigiosos, sobre los cuales pueda recaer el acuerdo extintivo. Al fallar la existencia de tales derechos, falla, por vía de consecuencia, la transacción misma¹⁵². Confluyen aquí dos razones que conducen a privar de efectos a la transacción: la primera es la ausencia de objeto ya que la relación jurídica litigiosa o dudosa es nula, y la segunda es que tampoco existe causa fin pues la finalidad de extinguir derechos litigiosos o dudosos no puede operar respecto de relaciones jurídicas carentes de eficacia¹⁵³.

En aquellos supuestos donde los derechos materia de transacción adolecieren de una nulidad absoluta, la imposibilidad de purgar el vicio por vía de la confirmación (art. 387), por estar comprometido un interés público, determina siempre la invalidez de la transacción.

En cambio, si la nulidad fuere relativa, las partes conocen el vicio que la origina y tratan sobre la nulidad, la transacción resulta válida. En este sentido, cuando las partes, al celebrar la transacción, hubieran tenido en cuenta la nulidad que afecta el negocio o relación jurídica sobre la cual se transige, confirman la obligación nula que le sirve de causa. En tal caso, la confirmación podrá resultar expresamente del acuerdo transaccional o bien surgir tácitamente del mismo (art. 394).

La confirmación posterior a la transacción del acto o relación jurídica sobre la cual se transigió implica renuncia a la acción de nulidad por parte del autor de la confirmación¹⁵⁴ y, por consiguiente, por el efecto declarativo de la confirmación (art. 395) la transacción queda consolidada en su eficacia, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe a quienes la confirmación pudiera perjudicar¹⁵⁵.

IV) Significado de la reforma

La reforma resulta superadora con relación al código derogado, ya que éste carecía de una norma genérica referida a la nulidad de la obligación transada. La doctrina interpretaba el artículo 858 otorgándole visos de generalidad, pero la solución era dudosa, ya que dicho

artículo hacía referencia a un supuesto específico, actualmente regulado en el inciso a, del artículo 1647.

Por otro lado, la nueva disposición marca adecuadamente la distinción de regímenes según se trate de nulidad absoluta o relativa, consagrando interpretaciones uniformes de la doctrina sobre el particular.

Por último, a nivel metodológico se eliminan normas relativas a la nulidad de la transacción que resultaban sobreabundantes y reiteraban soluciones generales sobre vicios de la voluntad.

Art. 1646 *Sujetos. No pueden hacer transacciones:*

- a) las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo;
- b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial;
- c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

I) Resumen

La norma prevé distintas prohibiciones especiales para transar, en relación con los sujetos. Los supuestos allí contemplados tienen distinta naturaleza; así, algunos refieren a incapacidades de hecho, otros a incapacidades de derecho, y el último supuesto contempla una situación de falta de legitimación.

II) Concordancias

Capacidad (Capítulo 2, Título I, Libro Primero); actos prohibidos en el ejercicio de la tutela (art. 120); actos que requieren autorización judicial en el ejercicio de la tutela (art. 121, inc. e); normas aplicables a la curatela (art. 138); nulidad absoluta (art. 387); nulidad relativa (art. 388); contratos prohibidos a los progenitores (art. 689); actos para los que los progenitores necesitan autorización judicial (art. 692); efectos de la nulidad del contrato (art. 1000); inhabilidades para contratar (art. 1001); situación de los herederos (art. 2280); albaceas (Capítulo 7, Título XI, Libro Quinto).

¹⁵² LLAMBÍAS, *Código Civil anotado* cit., t. II-A, ps. 841 y ss.

¹⁵³ ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...* cit., ps. 737 y ss.

¹⁵⁴ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 633.

¹⁵⁵ LAFAILLE, *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones* cit., p. 779.

III) Interpretación de la norma

III.1) Capacidad y legitimación para transar

III.1.A) Limitaciones vinculadas a la capacidad para enajenar los derechos objeto de transacción

El inciso a, del precepto analizado tiene fundamento en la circunstancia de que la transacción importa una disposición de derechos. Aun cuando pueda decirse que no es propiamente una enajenación, no se duda del carácter dispositivo de la transacción, ya que la concesión de ventajas o las renunciaciones a pretensiones que ella contiene repercuten en la composición del patrimonio de las partes¹⁵⁶. En tal sentido, quien transige no transmite un derecho propio al otro contratante, sino que lo reconoce a favor de éste, y como dicho reconocimiento implica un sacrificio de su pretensión, se exige en quien lo hace la aptitud de ceder o enajenar los derechos propios¹⁵⁷.

Al hacer referencia a las personas que no pueden enajenar el derecho respectivo, el legislador remite a otras normas del Código donde se establecen prohibiciones o limitaciones al respecto, es decir que cabe atender a las normas que regulan la capacidad en general (Capítulo 2, Título I, Libro Primero).

Esta disposición genérica incluye supuestos de incapacidades de ejercicio. De tal modo, no pueden enajenar o disponer del derecho respectivo —por ser incapaces de ejercer por sí sus derechos— las personas por nacer, las personas menores de edad y las personas declaradas incapaces por sentencia judicial en la extensión dispuesta en esa disposición (art. 24).

Las personas emancipadas podrán transar con las limitaciones establecidas en los artículos 28 y 29. Por su parte, los inhabilitados requieren la asistencia de un curador para otorgar actos de disposición entre vivos (art. 49) y, por ende, para transar.

Cuando las personas que no pueden enajenar el derecho respectivo otorgan por sí una transacción, el acto es nulo de nulidad relativa, pues la sanción sólo se impone en protección del interés de la persona incapaz

¹⁵⁶ ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...* cit., p. 720.

¹⁵⁷ LLAMBIÁS, *Código Civil anotado* cit., t. II-A, p. 822.

o con capacidad restringida, siendo por lo tanto susceptible de confirmación. Asimismo, la declaración de nulidad produce los efectos previstos en el artículo 1000, no teniendo la parte capaz derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz y en cuanto se haya enriquecido.

III.1.B) Limitaciones que alcanzan a los padres, tutores y curadores respecto de las cuentas de su gestión

Los padres, tutores y curadores carecen de capacidad jurídica o de derecho para transar respecto de las cuentas de su gestión, acto que ni siquiera con autorización judicial pueden realizar. El legislador ha ponderado razones de orden superior para establecer esta prohibición. Esta solución se complementa con la regla contenida en el artículo 1001, conforme la cual “Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpusita persona”.

El acto celebrado en violación a esta prohibición es nulo, de nulidad absoluta dado que está en juego una incapacidad de derecho¹⁵⁸.

Por lo demás, la norma es coherente con las disposiciones generales que prohíben —ni siquiera con autorización judicial— a los padres tutores y curadores celebrar contratos con sus hijos, pupilos y curados (arts. 120, 138 y 689). Sin embargo, la disposición que se comenta —al no hacer distinción— va más allá, y extiende la prohibición de transar respecto de las cuentas de su gestión en forma absoluta. En otras palabras, dicha prohibición rige tanto respecto al hijo, pupilo o curado como respecto a los terceros en general.

Cabe tener presente que los tutores y curadores en el ejercicio de su gestión para celebrar cualquier tipo de transacción deben solicitar la autorización judicial (arts. 121, inc. e, y 138).

III.1.C) Limitaciones que alcanzan a los albaceas respecto de derechos y obligaciones que confiere el testamento

La prohibición contemplada en el artículo 1644, inciso c, constituye

¹⁵⁸ NICÓLAU, *Fundamentos...* cit., t. I, p. 64; CNCiv., *saia* 2ª, J. A. 68-707.

un supuesto de falta de legitimación, en virtud del cual el albacea carece de facultades para transar respecto de los derechos y obligaciones que le confiere el testamento. La falta de legitimación se supera si media autorización judicial para efectuar la transacción¹⁵⁹.

En la hipótesis de que el albacea celebrara la transacción sin autorización judicial, el negocio será inoponible a los legatarios, a quienes la norma busca proteger.

Por otro lado, cabe considerar que el precepto en comentario sólo sería aplicable cuando el albacea fuere el representante de la sucesión, es decir, en el supuesto de inexistencia de herederos o cuando los legados insumen la totalidad del haber sucesorio y no hay derecho de acrecer entre los legatarios (art. 2529). En estos casos, las facultades del albacea se amplían (por ejemplo, recibe los bienes debiendo hacer inventario judicial de los mismos, interviene en todos los juicios en que la sucesión es parte y le compete la administración de los bienes sucesorios).

En cambio, cuando hay herederos, éstos tienen la posesión hereditaria (art. 2280) y el albacea sólo tiene como misión el control en el cumplimiento por parte de los herederos de la voluntad del testador.

IV) Significado de la reforma

La reforma implica un avance metodológico ya que remite tácitamente a normas generales sobre capacidad de las personas e incapacidad para contratar sin incurrir en contradicciones ni reiteraciones innecesarias. A la vez que unifica todas las prohibiciones para celebrar transacciones en un único artículo, cuando el código derogado dedicaba tres disposiciones a la materia.

Por otra parte, recepta muchas de las críticas esbozadas por la doctrina, entre las cuales se encontraba la diferencia de tratamiento entre los padres, por un lado, que eran omitidos por la norma y los tutores y curadores, por el otro, que eran incluidos. Para la opinión dominante el régimen de los tutores y curadores era extensivo a los padres por no haber razón para distinguir entre unos y otros represen-

tantes de los incapaces. Con la reforma, se subsana la omisión y se somete a todos los representantes legales de los incapaces al mismo régimen legal.

Art. 1647 Nulidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero respecto de los actos jurídicos, la transacción es nula:

- a) si alguna de las partes invoca títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces;
- b) si, al celebrarla, una de las partes ignora que el derecho que transa tiene otro título mejor;
- c) si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, siempre que la parte que la impugna lo haya ignorado.

I) Resumen

La norma regula supuestos específicos de nulidad de la transacción, sin perjuicio de otras causales que pudieran resultar del régimen general en materia de vicios del consentimiento y nulidad de los actos jurídicos.

La nulidad de la transacción originada en la invocación de títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces, se subsume en la regla sentada en el artículo 1645. La nulidad de la transacción originada en la ignorancia –por una parte– de que el derecho materia de acuerdo tiene otro título mejor o de que versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme –situación ignorada por quien impugna– se debe al error de hecho sobre una cualidad sustancial que vicia el consentimiento. En ambos casos, para que la transacción sea nula el error de hecho debe ser reconocible por la otra parte ya que resultan aplicables las normas sobre error como vicio de la voluntad.

II) Concordancias

Error como vicio de la voluntad (arts. 265/267); ineficacia de los actos jurídicos (Capítulo 9, Título IV, Libro Primero); renuncia y remisión (art. 944); novación (art. 933); nulidad de la obligación transada (art. 1645).

¹⁵⁹ APARICIO, Juan Manuel, *Contratos 2*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 48.

III) Interpretación de la norma

La disposición comentada reenvía al régimen general en materia de ineficacia y nulidad de los actos jurídicos contenidos en el Capítulo 9, Título IV, del Libro Primero. Según esas reglas, la nulidad de la transacción podría obedecer a diversas causas concernientes a las partes (por ejemplo, incapacidad o vicios en el consentimiento), o al objeto, entre otras razones¹⁶⁰.

III.1) Nulidad de la transacción derivada de la invocación de títulos total o parcialmente inexistentes o ineficaces

El código de Vélez ya empleaba la expresión "título" generando opiniones encontradas en relación con el sentido que cabía asignarle. Así, para un sector de la doctrina aludía al acto y no al instrumento. En cambio, para otros, la expresión refería al acto como al instrumento, en tanto "título" es sinónimo de antecedente que atañe a la investidura del derecho alegado por cada una de las partes, lo cual puede implicar tanto el acto en sí cuanto el instrumento que lo demuestra¹⁶¹.

Cualquiera sea la opinión que se adopte, el término "título" no hace más que referir a la causa-fuente que da origen a las relaciones jurídicas litigiosas o dudosas, y sobre las cuales versa la transacción¹⁶². De ahí que, si el título es inexistente o ineficaz, se configura una imposibilidad fáctica en orden al objeto de la transacción, y, consecuentemente, también en orden al fin práctico perseguido, que es la extinción de los derechos litigiosos y dudosos.

Como bien puede advertirse, este supuesto de nulidad previsto en la norma analizada ingresa o se subsume en el supuesto de hecho regulado en el artículo 1645. Incluso, los "títulos inexistentes" se encuentran comprendidos en la disposición citada dado que trascuntan un caso de nulidad de la obligación transada por ausencia de causa-fuente. Por lo dicho, se remite a lo expuesto en oportunidad del comentario al artículo 1645.

¹⁶⁰ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., ps. 629 y ss.

¹⁶¹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 632.

¹⁶² ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...* cit., p. 737.

III.2) Nulidad por ignorancia de la existencia de un título mejor con relación al derecho objeto de transacción

El fundamento de la nulidad de la transacción en la hipótesis que se comenta reside en el error de hecho esencial en que incurre la parte que celebra el contrato ignorando que su derecho tiene otro título mejor. Se trata, al igual que el supuesto del inciso c, de esta norma, de un error sobre "la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica" (art. 267, inc. c) y vicia, por tanto, el consentimiento.

Corresponde interpretar que dicha cualidad será sustancial si la parte que ignoraba la existencia del mejor título al momento de celebrar la transacción no habría transado de haberlo sabido, porque el título descubierto establecía su derecho de una manera cierta, suprimiendo o atenuando la incertidumbre que le afectaba.

El apartado que se comenta resulta ser menos exigente que el artículo 859 del código derogado, habida cuenta de que el legislador al hablar de un "título mejor" posibilita anular el acto si el título descubierto incidiera en la mayor o menor verosimilitud de los derechos transados, o demostrase el escaso fundamento de la pretensión esgrimida. En cambio, el régimen anterior exigía para la procedencia de la nulidad que los documentos ignorados pusieran de manifiesto la ausencia total de derecho de alguna de las partes sobre el objeto pretendido¹⁶³.

Por otra parte, al ser la transacción un contrato, y como tal un acto bilateral, el error en que haya incurrido quien alega la nulidad debe ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 266). Es decir, cuando con relación a la naturaleza y circunstancias del negocio jurídico, el destinatario, usando la normal diligencia (la normal atención), hubiera podido notar el error o la falsa representación de la contraparte¹⁶⁴, aunque, de hecho, no

¹⁶³ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., p. 631.

¹⁶⁴ BIANCA, *Derecho Civil 3...* cit., ps. 672 y ss.

CONTRATOS EN PARTICULAR

se haya percatado, y tanto más si se hubiera demostrado que de hecho conocía efectivamente el error del declarante.

III.3) Nulidad de la transacción referida a un litigio resuelto por sentencia firme

Este supuesto de nulidad previsto en la norma presupone la concurrencia de varias condiciones fácticas. En primer término, debe existir una controversia judicial resuelta por sentencia firme; si la sentencia no se encontrare firme, el acuerdo transaccional es plenamente válido pues todavía existen derechos litigiosos y subsiste la incertidumbre sobre el resultado del pleito¹⁶⁵.

En segundo lugar, la parte que impugna la transacción debe haber ignorado la existencia de la sentencia firme. El error recae, en este supuesto, sobre una cualidad sustancial del bien como es la calidad de litigioso del derecho materia de transacción, que pierde ese carácter porque la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada lo torna cierto. Adviértase que pese a ser un supuesto de invalidez por error, se estaría ante un supuesto de error de derecho, pues la sentencia firme determina el derecho del caso concreto¹⁶⁶.

Por otra parte, cabe señalar que si quien plantea la nulidad de la transacción conocía la existencia de la sentencia, es decir que no ha mediado error, el negocio será inatacable. Sin embargo, cabe puntualizar que no se estará en presencia de una transacción, sino de una renuncia de derechos concedidos por la sentencia (art. 944), o de una novación de las obligaciones impuestas por la sentencia que habrían sido reemplazadas por las nuevas convenidas por las partes (art. 933)¹⁶⁷.

Por su parte, el error esencial en que haya incurrido la parte que alega la nulidad debe ser reconocible por la contraria. En realidad, es lógico que la parte que no impugna la transacción haya tenido conocimiento de la sentencia firme recaída en el pleito, porque la misma le debió haber sido notificada previamente. En tal sentido, si bien

¹⁶⁵ TRIGO REPRESAS, *Transacción* cit., p. 3.

¹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Obligaciones* cit., p. 382.

¹⁶⁷ LLAMBIAS, *Código Civil anotado* cit., t. II-A, p. 843.

resulta difícil aunque posible que la parte que alega el error haya ignorado la existencia de la sentencia firme —por ejemplo, por haber estado ausente de su domicilio—, sería casi inexplicable que ambas partes coincidentemente lo hayan ignorado.

En cuanto a la reconocibilidad del error se remite a lo expresado en el comentario del inciso anterior.

IV) Significado de la reforma

Puede afirmarse que los tres supuestos que se intentan resolver son específicos del contrato de transacción, y por ello al ser reglados con tal especialidad brindan una mayor certeza y contribuyen a la seguridad jurídica.

Asimismo, cabe poner de resalto que el código derogado regulaba “la nulidad de las transacciones” en cuatro artículos que padecían imprecisiones terminológicas y reiteraciones innecesarias. Por ello, la reforma vino a simplificar la cuestión y a mejorarla metodológicamente. En tal sentido, el código de Vélez refería repetida y erróneamente al instituto de la rescisión que únicamente puede acaecer cuando las partes extinguen las obligaciones de un contrato válido y no cuando se está frente a un acto inválido, debiendo en tal caso referirse al instituto de la nulidad.

Art. 1648 Errores aritméticos. Los errores aritméticos no obstan a la validez de la transacción, pero las partes tienen derecho a obtener la rectificación correspondiente.

I) Resumen

La norma deja a salvo la validez de la transacción en caso de haber mediado meros errores aritméticos o de cálculo. No obstante, en aras de la buena fe contractual reconoce a las partes derecho a obtener la rectificación correspondiente. Por excepción, cuando el error hubiere sido determinante del consentimiento y se acreditare que de no haber mediado error no se habría celebrado el contrato, quedaría habilitada la acción de nulidad a favor del perjudicado.

II) Concordancias

Error de cálculo (art. 268); buena fe contractual (art. 961).

III) Interpretación de la norma

El error de cálculo es aquel vinculado a la elaboración aritmética de los datos consignados en el contrato. Por tal motivo, un error de cálculo o aritmético en las cuentas que son la base de la transacción carece a priori de entidad para afectar su validez. No obstante, cuando en la transacción se hubieren tomado en consideración los cálculos contables erróneos, las partes pueden solicitar la rectificación. En ese sentido, la solución legal se adecua a los estándares de la buena fe contractual (art. 961).

Cabe destacar también que el **precepto en comentario es coherente con el artículo 268**, cuyo texto dispone que “El error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento”.

Habitualmente, un error aritmético o de cálculo suele ser accidental, casual o contingente. Lo accidental ha de entenderse como propiedad de la cosa cuya ausencia no le hace perder identidad, significación o funcionalidad¹⁶⁸. Es decir que no tiene entidad o relevancia. Sin embargo, si el error aritmético ha sido de tal magnitud que pusiera en crisis la existencia de las concesiones recíprocas típicas de la transacción, o sea cuando ha sido determinante del consentimiento, podría entonces plantearse la nulidad del acuerdo transaccional (art. 268) (ver t. II, p. 57).

IV) Significado de la reforma

La norma preserva una solución que ya estaba contenida en el código derogado, aunque la nueva disposición supera las imprecisiones terminológicas y gana en claridad. Adviértase que se deja de lado el término “rescisión”, que empleaba Vélez, para hacer referencia en forma implícita al concepto de “nulidad”.

¹⁶⁸ ECHEVESTI, Carlos, en *Código Civil comentado. Obligaciones*, dir. por Félix Trigo Represas y coord. por Rubén Campagnucci de Caso, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II, p. 522.

Por su parte, en el derogado artículo 861 se hacía referencia solamente a “la transacción sobre una cuenta litigiosa”, aunque la doctrina extendía su aplicación a las cuentas dudosas. Esta distinción también se suprime, por tanto no cabe duda de que la solución se aplica a todo tipo de transacción, ya se refiera a derechos litigiosos como dudosos, sin necesidad de recurrir a interpretaciones extensivas.

CAPÍTULO 29

CONTRATO DE ARBITRAJE

Introducción. El contrato de arbitraje en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

“No obstante los cambios introducidos a la normativa original del Anteproyecto, resulta de utilidad, para comprender el alcance y la esencia del contrato en estudio, transcribir los fundamentos elaborados por los doctores Lorenzetti, Highton y Kemelmajer.

“El arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores.

“Este instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disímiles y no es posible aplicar un modelo único. Por esta razón, el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquéllos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas, ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales.

”La fuente del articulado es el código civil de Quebec, la ley modelo Uncitral y la reciente regulación francesa de enero de 2011, aunque los principios que recoge son hoy prácticamente universales.

”Se establece que hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

”Se precisan las clases de arbitraje, su autonomía respecto del contrato con el que se relaciona, la habilitación de la competencia de los árbitros.

”Se permite que el contrato faculte a los árbitros a adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares y preliminares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, pero su ejecución se hará por el tribunal judicial. Las partes también podrán solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

”En cuanto a los efectos, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia, y el convenio pareciera ser manifiestamente nulo o inaplicable.

”Se consagra una regla interpretativa del contrato: en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje. Ello es consistente con el principio hermenéutico de conservación.

”También se contempla la posibilidad del arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de

arbitraje de las entidades administradoras regirán todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

”Se definen las cláusulas facultativas, la designación de los árbitros, las calidades de los árbitros, la nulidad de la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros, las obligaciones de los árbitros, su recusación, retribución, y extinción de su competencia.

”En la regulación propuesta para la reforma de la ley de sociedades comerciales, hay normas sobre arbitraje específicas, que no son incompatibles con las presentes”.

Art. 1649 *Definición.* Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

1) Resumen

El texto del artículo conceptualiza al arbitraje como un “contrato” consensual, mediante el cual las partes someten las controversias que puedan surgir o las ya surgidas de una relación jurídica existente entre ellas, sea de naturaleza convencional o no, y siempre de carácter disponible, a la decisión de uno o más árbitros.

En este sentido, Rivera y Parodi¹⁶⁹ han explicado que “la cláusula arbitral o compromisoria es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia futura. En este caso las previsiones de las partes se referirán sustancialmente a la determinación de cuáles conflictos serán resueltos por el arbitraje”.

Asimismo, señalan que “el compromiso arbitral es el contrato por el cual las partes acuerdan someter a arbitraje una controversia ya

¹⁶⁹RIVERA, Julio César y PARODI, Gustavo. *Arbitraje*, en AA. VV., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. por Julio César Rivera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 763.

existente. Puede reconocer su causa en una cláusula arbitral preexistente o ser el resultado de un acuerdo entre las partes posterior a la aparición del conflicto”.

En este sentido, la fuente del poder de los árbitros sería el contrato por el cual las partes someten un conflicto existente o que ~~pueda~~ existir en el futuro a la decisión de aquéllos, aspecto que ha sido reconocido por la jurisprudencia¹⁷⁰.

Desde otra perspectiva, se¹⁷¹ ha cuestionado la incorporación del arbitraje como “contrato” expresando que constituye un error pues no sólo no sigue la línea tradicional argentina en esta materia, sino que el arbitraje no es un contrato en ningún caso, y su inclusión en esos términos presenta una inconsistencia en el sistema.

II) Concordancias

CPCCN, juicio arbitral, objeto del juicio (art. 736). Ley Modelo de Uncitral (art. 7º).

II.1) Otras normas relacionadas con el arbitraje

En este sentido, a pesar de no estar directamente relacionado con la caracterización del arbitraje, existen otras normas que regulan determinadas consecuencias del sometimiento de una cuestión al arbitraje:

- a) artículo 1048 del Código, que dispone la cesación de la responsabilidad por evicción en caso de que la controversia se someta a arbitraje;
- b) artículo 2548 del mismo cuerpo legal, que impone la interrupción de la prescripción por solicitud de arbitraje.

Cabe también consignar que en el caso de compraventa de cosas muebles, que deben reunir determinados requisitos sobre muestras o cosas que no están a la vista, el artículo 1157 del Código establece la posibilidad de someter el conflicto a peritos arbitradores.

¹⁷⁰ CSJN, 6-11-63, “Banco Sirio Libanés del Río de la Plata”, Fallos: 257:105, con cita al pie de antecedentes en Fallos: 250:61, 87 y 408.

¹⁷¹ FALCÓN, Enrique M., *El arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en L. L. Supl. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 2013-A-482, del 20-12-2012.

III) Interpretación de la norma

III.1) La realidad social y el arbitraje

La realidad de los negocios ha requerido siempre la utilización de medios para la resolución de los conflictos que, ya sea en los orígenes del comercio, ya sea en la actualidad empresaria, eviten el litigio judicial y recurran a soluciones ágiles, confiables y de poco costo.

Entre estos medios el arbitraje tiene una larga historia en el ámbito mercantil, que en la actualidad se renueva y cobra nueva fuerza como vía específica de resolución de conflictos en cuestiones disponibles de derecho patrimonial.

En esta línea, resulta útil rescatar la crítica de Morello¹⁷² realiza a los procedimientos judiciales por su lentitud y alto grado de burocratización, cuestionando severamente lo que denomina gráficamente “inflación recursiva”.

De todas formas, nadie pone en dudas la relevancia del Poder Judicial en su actividad jurisdiccional y el correspondiente control de constitucionalidad, haciendo realidad el “valor” justicia en la convivencia social.

Ahora bien, la función jurisdiccional de la administración de justicia, que nace del imperio que le otorga la soberanía del Estado, no impide advertir la conveniencia y utilidad de los medios alternativos de solución de conflictos.

El tratamiento del arbitraje debe realizarse a partir de sus ventajas comparativas, pero evitando plantear una eventual contradicción con la tarea judicial.

Tal como recuerda Caivano¹⁷³, arbitraje y Poder Judicial no pueden entenderse de manera “antagónica”, pues ambos son “herramientas complementarias” al servicio de la solución de controversias.

La Carta Magna prevé la organización del Poder Judicial como el departamento estatal cuya función es “decir el derecho” en orden a

¹⁷² MORELLO, Augusto M., *El proceso judicial versus la economía*, en J. A. del 12-10-2005.

¹⁷³ CAIVANO, Roque, *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

la correcta aplicación de la ley al caso concreto y, de este modo, establecer relaciones de justicia en las contiendas entre particulares, o bien, entre particulares y el Estado.

III.2) *En orden a la caracterización del arbitraje*

Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico no veda la asunción de facultades jurisdiccionales a través del arbitraje, sino que le brinda un reconocimiento explícito al otorgar a las decisiones de los árbitros la fuerza de cosa juzgada y pone a su disposición la fuerza coercitiva estatal equiparando el trámite de ejecución de los laudos con el dispuesto para las sentencias judiciales¹⁷⁴.

Así, el arbitraje se destaca como un negocio jurídico destinado a la composición de intereses contrapuestos, con eficacia y proyección similares a los de una sentencia pronunciada por la jurisdicción estatal, pese a la necesidad de que los jueces estatales utilicen "su imperio" en caso de ejecución del laudo arbitral.

El arbitraje se encuentra basado en la voluntad de las partes que eligen por sí mismas o, a través de mecanismos de designación acordado por ellas, a particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria, el laudo arbitral, que ponga fin a las diferencias que pudieran plantearse¹⁷⁵.

En esta línea, el reglamento orgánico del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Buenos Aires conceptualiza al arbitraje como "el medio para someter a la decisión de jueces privados, es decir no pertenecientes a los cuadros de la justicia estatal, cualquier litigio o controversia susceptible de transacción".

La Corte Suprema de Justicia ha expresado que el arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas mediante una subrogación de la jurisdicción¹⁷⁶.

¹⁷⁴ CAIVANO, Roque J., *Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad*, en J. A. 1994-I-845.

¹⁷⁵ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, t. IV, p. 907.

¹⁷⁶ CSJN, 29-4-97, "Blanco, Guillermo y otro c/Petroquímica Bahía Blanca", Fallos: 320:700; 31-5-99, "Rocca, J. C. c/Consultora SA", ordinario, Fallos: 322:1100.

En esta línea, se puede señalar que las características del arbitraje pueden resumirse en las siguientes:

- Es un método alternativo de resolución de conflictos a la resolución de los tribunales estatales.
- Las partes se someten voluntariamente mediante la cláusula arbitral, hoy asumida como "contrato de arbitraje" en el artículo en comentario.
- La solución se encuentra en manos de uno o más terceros, denominados árbitros.
- El laudo arbitral que concluye el proceso es obligatorio y se diferencia de la sentencia judicial por la ausencia de *cærcio* y *executio*, sin perjuicio de que está dirigido a cumplirse voluntariamente por los que se sometieron a este esquema.
- A los fines de la ejecución del laudo, se requiere la intervención de tribunales estatales.

En el ámbito internacional la relevancia del arbitraje es indudable, tal como surge de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscripta en Nueva York en 1958, aprobada por nuestro país por ley 23.619.

Además, no puede obviarse la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá, en 1975, y ratificada por ley 24.322.

A nivel internacional existen tribunales especializados e institucionales como la Corte Internacional de Arbitraje, que funciona en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, Francia; la American Arbitration Association, con sede en el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, que aplica el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (ver también las fuentes del articulado señaladas en los Fundamentos transcritos al inicio de este Capítulo).

III.3) *El carácter jurisdiccional*

De tal modo, se advierte que el arbitraje lleva ínsita una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial de un Estado.

La afirmación precedente permite advertir dos aspectos que caracterizan al arbitraje: por un lado, los árbitros no son funcionarios públicos, ni forman parte del Poder Judicial; por el otro, su función es similar y equivalente a la actividad jurisdiccional de los jueces, pues "dicen el derecho" en un caso concreto, o aplican las reglas de la equidad para solucionar una controversia si se trata de amigables compondores.

Tal como explica Caivano¹⁷⁷, los árbitros son particulares, elegidos por las partes o por algún mecanismo convencionalmente establecido por ellas, y no forman parte de la estructura del Estado, aun cuando cumplen una función semejante a la de los jueces.

Con relación a la actividad jurisdiccional de los árbitros, es necesario recordar que durante mucho tiempo se negó al arbitraje dicho carácter, partiendo de la base de que esta función es exclusiva e inherente del Estado.

Ahora bien, no es discutible que la función jurisdiccional se sustenta en que es el Estado quien crea el derecho y quien tiene el deber de asegurar el cumplimiento efectivo de las conductas impuestas por el ordenamiento jurídico.

El rol que se ha reservado el Estado en las organizaciones sociales modernas es, precisamente, el de crear y sostener órganos específicos para resolver aquellas situaciones de conflicto cuya persistencia pueda perturbar la convivencia del grupo. La existencia de un Poder Judicial, al mismo tiempo que garantiza la legalidad, es uno de los instrumentos a través de los cuales se procura el mantenimiento de la paz social¹⁷⁸.

De todas formas, las consideraciones vertidas no implican que la jurisdicción sea un atributo exclusivo de los jueces, pues a la sociedad le interesa solucionar pacíficamente los conflictos a fin de garantizar una convivencia armónica y, en esta línea, el arbitraje se constituye en una alternativa de solución de controversias que sólo afecta intereses propios de los individuos entre los cuales se produce.

En síntesis, el arbitraje debe "convivir" con la justicia.

¹⁷⁷ CAIVANO, Roque J., *Alcances de la revisión judicial en el arbitraje (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina in re "Cartellone")*, trabajo remitido por el autor vía e-mail.

¹⁷⁸ CAIVANO, ob. cit.

III.4) Arbitraje internacional

El capítulo estudiado no refiere al arbitraje internacional, pues conforme Caivano¹⁷⁹ es aquel que excede el marco de un Estado, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes, sea que la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones también exceda aquellos límites.

En este sentido, el artículo 1º de la Ley Modelo de Uncitral define qué se entiende por arbitraje internacional de la siguiente forma: "Un arbitraje es internacional si:

- "a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- "b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - "i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - "ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- "c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado".

Por su parte, el apartado 4 del artículo 1º agrega que "a los efectos del párrafo 3º) de este artículo:

- "a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
- "b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual".

De tal forma, lo que se ha comentado en el presente capítulo es el arbitraje "doméstico" del derecho patrio, pero cuando el arbitraje

¹⁷⁹ CAIVANO, ob. cit., p. 313.

es internacional se deberá recurrir al derecho internacional privado a fin de definir la ley aplicable y determinar la eventual arbitrabilidad de la materia y, consecuentemente, la viabilidad del arbitraje.

En esta línea, señala Farina¹⁸⁰ que la inexistencia de un tribunal internacional que brinde la posibilidad de someter a su jurisdicción los conflictos derivados del tráfico comercial internacional es una de las principales causas por las que nace el sistema arbitral, y los países van adhiriendo a distintos tratados o convenciones en la materia.

En este sentido, existen diversos instrumentos que han sido ratificados por nuestro país, entre los que se puede citar:

- a) Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ratificada por ley 23.619 (28-9-88);
- b) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, llamada Convención de Panamá de 1975, ratificada por ley 24.322;
- c) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa del Mercosur, ratificado por ley 24.578 (noviembre de 1995), que alude al reconocimiento y ejecución de sentencias de laudos arbitrales pronunciadas en los Estados miembros del Mercosur;
- d) Tratados bilaterales de promoción de inversiones, Argentina ha admitido someterse a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) mediante el sistema de arbitraje;
- e) Tratados de derecho procesal y Convenciones de Montevideo de 1889 y 1940, contienen un título sobre el cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales dictados en los países signatarios en asuntos civiles y comerciales;
- f) Convención de Montevideo de 1979, CIDIP II, o Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de la OEA, y ratificada por Argentina por ley 22.921.

¹⁸⁰ FARINA, Juan Manuel, citado por CAIVANO, ob. cit., p. 314.

Por su parte, en el Código existen dos normas de derecho internacional privado que refieren al arbitraje. Así, el artículo 2605 habilita que en materia patrimonial las partes puedan prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros, mientras que el artículo 2607 reconoce la viabilidad del convenio escrito de sometimiento a arbitraje y también lo que se denomina prórroga tácita cuando se ha entablado la demanda arbitral.

IV) Significado de la reforma

IV.1) *La visualización contractual en el actual ordenamiento*

El Código incorpora al derecho de fondo un medio alternativo de resolución de conflictos: el arbitraje, que antes sólo tenía regulación en las legislaciones procesales de las provincias, por entender que se trataba de una cuestión procesal, no delegada al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional).

Rivera¹⁸¹ señala que para comprender acabadamente la realidad legislativa argentina del arbitraje es necesario tener en cuenta que la Constitución dispone que el derecho de fondo es nacional, y por ello el Congreso federal tiene la atribución de dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería y de trabajo, pero "sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

Desde esta perspectiva, la nueva regulación, si bien justifica su inclusión en la legislación fonal en función de la base contractual de la cláusula compromisoria, se limita a reglar los aspectos fundamentales, es decir, el bloque de juridicidad mínima que debe ser respetado por las legislaciones locales.

En esta línea, Rivera y Parodi¹⁸² explican que "el arbitraje puede

¹⁸¹ RIVERA, Julio C., *El arbitraje en Argentina*, en http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_el_arbitraje_en_argentina2.pdf, consultado por última vez el 18-10-2014.

¹⁸² RIVERA y PARODI, ob. cit.

CONTRATOS EN PARTICULAR

y debe estar regulado en el Código Civil, pues supone la celebración de varios contratos:

”- El contrato de arbitraje propiamente dicho, que se denomina normalmente cláusula compromisoria y que puede asumir también la forma del compromiso arbitral;

”- El contrato entre las partes y los árbitros;

”- El contrato entre las partes y la institución administradora del arbitraje”.

De todas formas, no se puede olvidar que hasta ahora la posición dominante de la doctrina¹⁸³ caracterizaba al arbitraje como un sistema de resolución de conflictos, si bien con base contractual, pero que tenía como finalidad sustituir la jurisdicción ordinaria por la atribución de competencia a los árbitros, y con un procedimiento en el que prevalece la libertad de la forma y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria¹⁸⁴.

En esta línea, los constituyentes y los codificadores asignaron a los principios de libertad, autonomía de la voluntad y fuerza obligatoria de los contratos, como impulsorios del desarrollo nacional, y, consecuentemente, la consideración de éste como un contrato implica “un marco apto para su desarrollo”.

IV.2) *El arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos*

Desde otro costado, Falcón resiste la regulación explicando que “arbitrar es decidir una diferencia” y agrega que el arbitraje es un sistema, compuesto por un conjunto de subsistemas destinados a la solución de conflictos jurídicos de distinto carácter y alcance. Por ende, afirma que el hecho de que los subsistemas interrelacionados sean de distinta naturaleza ha dado lugar a distintas teorías sobre el arbitraje, y de allí que una parte de la doctrina entiende que sea un contrato.

¹⁸³ CAIVANO, *Arbitraje...* cit., p. 49.

¹⁸⁴ CNCiv., sala G, 14-8-90, L. L. 1990-E-148 y E. D. 141-121.

Así, el conocido autor desarrolla toda la doctrina europea que vio en el arbitraje un contrato, para luego explicar que dicha tesis cayó bajo la crítica de Carnelutti¹⁸⁵ y Calamandrei¹⁸⁶, entre otros, que hicieron notar que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos.

En esta línea, Falcón recuerda que el instituto tiene una naturaleza bifronte que ha gozado de la opinión mayoritaria de la doctrina, como así también ha sido consagrada por nuestra CSJN¹⁸⁷.

De tal modo, el autor explica que el error radica en considerar al arbitraje como un contrato independiente, cuando en realidad es una cláusula que se puede agregar a los contratos, y si bien es convencional, también lo son las cláusulas de intereses, el pacto de retroventa, la cláusula penal, y nadie piensa que puedan ser independientes.

Un aspecto relevante es que las leyes de arbitraje se dictan normalmente en países unitarios, pero en el nuestro la regulación procesal constituye –tal como se indica supra– un aspecto reservado a las provincias, que tienen dictadas normas sobre arbitraje en los códigos procesales, y que están garantizados por la Nación, en virtud del artículo 5º de la CN.

En rigor, Rivera¹⁸⁸ señaló oportunamente que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia argentina afirma que el arbitraje importa el sometimiento por voluntad de las partes a una jurisdicción, es decir, a un “poder para decir el derecho”, que no obstante estar originado en la autonomía privada, tiene los mismos efectos atribuibles a las resoluciones de la jurisdicción estatal.

De tal modo, el autor citado concluye que se está frente a un instituto de naturaleza jurisdiccional, como método de solución de

¹⁸⁵ CARNELUTTI Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1952, p. 517.

¹⁸⁶ CALAMANDREI Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, t. II, p. 276.

¹⁸⁷ CSJN, 1880, “Bruce c/De las Carreras”, *Fallos*: 22:371; 1-11-88, “SA La Nación y otra c/SA La Razón Editorial EFICyA”, *Fallos*: 311:2223; 10-11-88, “Nidera Argentina SA c/Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale”, *Fallos*: 311:23; ver CARBONNEAU T. *The Law and Practice of Arbitration*, Juris, New York, 2009, ps. 32 y ss.

¹⁸⁸ RIVERA, *El arbitraje en Argentina* cit.

conflictos, lo que se condice con lo reglado en el CPCCN, cuando admite la prórroga de la competencia a favor de árbitros y el sometimiento de cuestiones a su decisión (art. 736), y al equiparar los laudos arbitrales a las sentencias judiciales (art. 499).

En esta línea, y para consolidar esta opinión, Rivera recuerda al procesalista Lino Palacio, quien al adherir a la posición del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos señala que "...por encima de esa circunstancia, de orden contingente, existen dos notas que, al menos en cuanto a nuestro Derecho positivo concierne, concurren a perfilar la esencia jurisdiccional del arbitraje, y son: 1º) Que los árbitros poseen atribuciones para decidir 'toda cuestión entre partes' (v. gr., art. 763 del CPN), con excepción de las que no pueden ser objeto de transacción (art. 764, íd.). Con esta restricción, por consiguiente, la función de los árbitros se identifica substancialmente con la principal actividad que incumbe a los órganos judiciales; 2º) Que el laudo arbitral participa de la obligatoriedad que caracteriza al acto de autoridad; y que esa obligatoriedad en modo alguno puede asimilarse a la que también reviste el negocio jurídico, pues aquél no es emitido por los árbitros en calidad de partes, sino en calidad de terceros a quienes el ordenamiento jurídico otorga, en ciertas condiciones, la posibilidad de asumir la función pública consistente en dirimir un conflicto. De manera, pues, que si bien los árbitros no resultan rigurosamente equiparables a los órganos del Estado en sentido jurídico-material, ostentan ciertos atributos fundamentales de estos últimos que autorizan a sostener la índole jurisdiccional de las decisiones que emiten"¹⁸⁹.

En síntesis, cabe señalar como característica de la nueva regulación que en ella convergen aspectos de derecho procesal y de fondo del arbitraje, que se entendieron como fundamentales para la articulación del sistema de derecho privado patrimonial.

La incorporación del arbitraje al Código importa, en general, la recepción de las reglas instituidas en la materia en la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje.

¹⁸⁹ PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*. 2ª ed., 5ª reimp., t. I, N° 65. D. ps. 329/330: en la misma orientación. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2ª ed., Buenos Aires, 2000, ps. 96 y ss.

Sin embargo, cabe destacar que los codificadores, a fin de legitimar la incorporación de la figura del arbitraje en el código de fondo, adoptaron la teoría del "contrato".

La regulación de la temática en el código de fondo importa establecer reglas uniformes para todo el territorio del país, independientemente de las normativas procesales que cada una de las provincias regule en ejercicio de sus facultades.

Art. 1650 Forma. El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

I) Resumen

El contrato de arbitraje requiere una forma específica, y es que se perfeccione por escrito, apartándose del principio general de libertad de formas que rige en materia contractual, sin perjuicio de la necesidad de concordar esta norma con demás principios generales sobre forma y prueba de los contratos.

Además, admite que el compromiso puede ser estipulado mediante una cláusula específica o como un contrato distinto, pero que necesariamente forme parte del negocio al que accede.

Esta exigencia de que el acuerdo arbitral conste por escrito es generalizada en todos los tratados internacionales a los que Argentina ha adherido.

La Ley Modelo de Uncitral agrega que puede surgir de acuerdos por carta, télex, telegrama, u otros medios de comunicaciones que dejen constancia del acuerdo.

II) Concordancias

Contrato de opción (art. 969). CPCCN, juicio arbitral, objeto del juicio (art. 736); forma del compromiso (art. 739).

III) Interpretación de la norma

Tal como se puntualizó, la libertad de formas, reglada en el artículo 284 de la actual compilación, es receptada en forma expresa e implica que el acto no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

El artículo 286 del Código afirma que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, sin que su contenido sea representado en texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

En este sentido, la firma del documento es fundamental pues prueba la autoría de la declaración de voluntad, debiendo recordarse que en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito queda satisfecho si se utiliza una firma digital que garantice la autoría e integridad del documento.

Por último, cabe señalar que no se exige la confección de un instrumento público, y, consecuentemente, al estar frente a un documento privado, tiene valor probatorio de conformidad al artículo 319 del Código.

IV) Significado de la reforma

La cláusula compromisoria es el convenio por el cual las partes deciden someter una relación jurídica a arbitraje, sustrayéndolo al conocimiento de los jueces ordinarios, y, consecuentemente, asignándole la facultad de dirimir los conflictos a quienes invisten el carácter de árbitros, de derecho o de amigables compondores.

En términos generales, se visualiza que además del carácter convencional éste lleva implícito el "pacto procesal" en tanto su objeto es producir efectos en orden al desplazamiento de la jurisdicción estatal y la sumisión a un tipo particular de resolución de conflictos.

Desde otro costado, Falcón¹⁹⁰ puntualiza que este artículo denota

¹⁹⁰ FALCÓN, ob. cit.

una contradicción confundiendo la cláusula compromisoria con el contrato, más allá de que la referencia a un estatuto o reglamento significa algo distinto del reglamento.

El codificador, en cambio, ha seguido otra visión. Como dice una importante doctrina, la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, ya que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud del cual le encomiendan a un tercero la misión jurisdiccional de resolverla. Por ello es que prestigiosa doctrina basada en una prolífica cultura arbitral ha manifestado: "el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas, un contrato...", y al afirmar esto se "...busca subrayar que el arbitraje no es, por encima de todas las cosas, o exclusivamente, un proceso o procedimiento y que no solamente las normas jurídicas procesales o procedimentales [...] del Código de Procedimiento Civil lo regulan. El régimen jurídico del arbitraje también se halla en las normas jurídicas sustantivas del Código Civil y del Código de Comercio"¹⁹¹.

Por ello, se establece que hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato figure por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

De tal modo, la forma escrita permite analizar la concordancia del consentimiento de dos o más voluntades que se manifiesta por oferta y aceptación, y que tiene como presupuesto que aquéllas estén compuestas por todos los componentes internos que toman válido al acto.

En consecuencia, se deja de lado la posibilidad de que exista una manifestación tácita de sometimiento a arbitraje al exigirse la forma escrita del acuerdo arbitral o pacto de arbitraje.

La norma habilita a las partes a convenir lo que genéricamente

¹⁹¹ RIVERA, Julio C., *El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores*, en L. L. 2013-F-1069.

puede denominarse “acuerdo arbitral” representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos. En esta última hipótesis existirá una cláusula compromisoria incluida en un contrato, en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento.

En este aspecto, cabe relacionar esta norma con los artículos 1652, 1653, 1658 y 1659 en cuanto habilitan a integrar en una “sola pieza” la cláusula compromisoria y el pacto arbitral, de manera tal que en ese mismo acto pueden –o no– designarse los árbitros, el tipo de arbitraje, la sede, etcétera.

Art. 1651 *Controversias excluidas.* Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b) las cuestiones de familia;
- c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- e) las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

I) Resumen

La norma prohíbe una serie de materias que no pueden ser objeto del contrato de arbitraje, por tratarse de cuestiones de orden público, que exceden los derechos de contenido patrimonial, disponibles por las partes.

Así, aparece razonable que todo lo que refiere al estado civil o capacidad de las personas, en atención a su carácter de derecho personalísimo, esté vedado para la solución arbitral.

En idéntico sentido, las cuestiones de familia se sustentan en la relevancia que dicha institución tiene como formadora de personas, cualquiera sea la concepción y tipología a la que se adhiera dentro del nuevo ámbito legislativo. Así, el núcleo central que sustenta la realidad familiar hace al orden público vigente en dicho ámbito y excede la disponibilidad de las partes.

En punto a los derechos de los usuarios y consumidores, la ley 24.240 y sus modificaciones tienen como finalidad la tutela de aquéllos, y regla específicamente el arbitraje en el artículo 59, por lo que su regulación queda sometida a las normas tuitivas de este ordenamiento, debiendo destacarse su carácter de orden público que impone el artículo 65, como así también el régimen constitucionalizado en función del artículo 42 de la Constitución Nacional (véase ley 26.993 [E. O. del 19-9-2014], que crea el Servicio de Conciliación).

Con relación a la exclusión de los contratos por adhesión, cualquiera sea su objeto, el fundamento de la norma es la inexistencia de la libertad de negociación, y, consecuentemente, el sometimiento del adherente a las condiciones predispuestas.

Por último, es lógico que las cuestiones derivadas de las relaciones laborales no sean arbitrables en atención a que el trabajador tiene un “fuero” especial que forma parte de la tutela que le otorga el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Los derechos del trabajador son irrenunciables, y por ende, no podría nunca por vía de cláusula arbitral producirse el desplazamiento de los jueces naturales a un sistema de arbitraje.

Finalmente, la norma dispone que el Estado no queda sometido a las normas regulatorias del contrato de arbitraje, todo lo cual permite señalar que debiera ser el derecho administrativo el que regule esta alternativa cuando el Estado en cualquiera de sus niveles o las entidades autárquicas descentralizadas pudieran participar de este tipo de resolución de conflictos.

II) Concordancias

Transacción, prohibiciones (art. 1644). CPCCN, juicio arbitral, objeto del juicio (art. 736); cuestiones excluidas (art. 737); capacidad (art. 738); jueces y funcionarios (art. 765). Ley 17.418 de Seguros (art. 57).

III) Interpretación de la norma

En esta inteligencia, y del resumen del texto legal que se ha reseñado, se sigue que la técnica legislativa implica que, como regla, todas

las cuestiones patrimoniales de carácter disponible pueden ser sometidas a arbitraje, si bien cabe advertir que, aunque no se lo señale expresamente, el convenio arbitral presupone una convención o contrato "paritario". En una palabra, sólo será válido en un acuerdo entre partes iguales pues, en caso de debilidad estructural de alguna de ellas, se excluye esta posibilidad.

Al comentar el texto proyectado, Rivera y Parodi explican que "La norma incorporada al Proyecto en cambio no dice qué se puede someter a arbitraje, sino qué no puede sujetarse a la decisión de árbitros. De este modo la regla es clara: todas las cuestiones pueden ser sometidas a arbitraje, salvo las expresamente excluidas, que son las relativas al estado y capacidad de las personas, que son obviamente indisponibles"¹⁹².

En rigor, la nueva *lex mercatoria* habilita el arbitraje como una cuestión entre pares, y de allí su nacimiento en el ámbito internacional que permitía que las grandes empresas pudieran dirimir sus contiendas sin necesidad de recurrir a los tribunales nacionales.

En el ámbito local, los artículos 736, 737 y 738 del CPCCN facultan el sometimiento a decisión de árbitros de toda materia de derecho patrimonial disponible, excepto aquellas que no puedan ser objeto de transacción, tal como expresamente hoy lo prevén los artículos 1644 a 1647.

En una palabra, tal como señala el primero de los artículos citados, no pueden transigirse sobre derechos en los que esté comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.

Va de suyo que tampoco es viable el arbitraje en los casos donde se configura abuso de posición dominante, artículo 11 del Código, como así tampoco en toda hipótesis donde esté de por medio el orden público, y se persiga un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa, de conformidad al artículo 12 del nuevo ordenamiento.

¹⁹² RIVERA y PARODI, ob. cit., p. 779.

En esta inteligencia, Falcón¹⁹³ puntualiza que la exclusión de controversias incorporada en el nuevo ordenamiento no mejora el sistema del Código Procesal de la Nación, pues los artículos de dicho cuerpo legal predicán con claridad que "no podrán comprometerse en árbitro, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción", y "las personas que no pueden transigir no podrán comprometerse en árbitros", todo lo cual demuestra que la regulación incorporada a la legislación de fondo se limita a receptor principios ya contenidos en la legislación procesal, tanto de la Nación como de las provincias.

Desde otro costado, cabe señalar que como está prohibida la renuncia general a las leyes, en el caso de arbitraje, la forma escrita tiene como finalidad acreditar en forma fehaciente el consentimiento libre de las partes.

Una situación particular se genera con la exclusión del arbitraje en las relaciones de consumo, pues se ha dicho que el artículo 59 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor instaura el Sistema Arbitral de Consumo en nuestro país, el que fue reglamentado por el decreto 276/98, del 11 de marzo de 1998, que creó dicho sistema, dependiente de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, del Ministerio de Economía de la Nación (véase ley 26.993).

Este sistema, si bien reglado a nivel nacional, configura un antecedente que no puede dejarse de tener en cuenta, máxime cuando está creado para funcionar institucionalmente dentro del ámbito consumeril, siguiendo la legislación española (art. 90, inc. 1º del texto refundido de la Ley General del Consumidor y Usuario).

En una palabra, este criterio define que no puede haber sumisión a arbitrajes distintos del de consumo institucional, creado específicamente a estos fines, y, por ende, constituye un antecedente relevante para interpretar la nueva normativa nacional en concordancia con el artículo 59 de la LDC que no ha sido modificado.

Por último, cabe ratificar que el principio general es que la cláusula arbitral sólo obliga a quienes han sido parte en ella, artículo 959 del Código, que señala: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio

¹⁹³ FALCÓN, ob. cit.

para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

IV) Significado de la reforma

En esta línea, la nueva normativa hace realidad los principios que ya venían desarrollándose en la doctrina y en la jurisprudencia, pues tal como se ve, el arbitraje como contrato implica una fórmula alternativa de resolución de conflictos que requiere que los derechos en juego sean disponibles y que, además, exista entre las partes una situación paritaria que no afecte la convención.

Así, se trata de un terreno sumamente conflictivo pues gran parte de la doctrina entiende que la cláusula compromisorio forma parte de un contrato base, y que la vía de solución del conflicto no es el contrato, sino el desplazamiento de la competencia a jueces arbitrales, aspecto este último que demuestra claramente que el instituto contiene dos facetas claramente diferenciadas pues en el fondo es un sistema de resolución de conflictos.

En esta línea, Rojas¹⁹⁴ insiste en que el contrato por sí puede existir y pervivir, y los derechos y obligaciones resultan operativos para las partes, en cambio en el arbitraje en sí mismo la cláusula compromisorio o el ahora llamado “contrato” carece de sentido si no existe una relación jurídica que es la que puede o no dar vida.

En una palabra, la lectura del articulado del nuevo Código permite advertir la existencia de un *mix* de normas contractuales y procesales que requerirá de una convergencia normativa que también impactará en las formalidades que deban cumplimentarse.

Art. 1652 Clases de arbitraje. Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho.

¹⁹⁴ ROJAS, ob. cit.

I) Resumen

La primera oración de la norma indica cuáles son las controversias que pueden someterse a arbitraje, es decir, las que pueden someterse a juicio de árbitros, lo que debe relacionarse con el artículo anterior que excluye determinadas controversias.

Luego, se estipulan las clases de arbitraje, posibilitando que las partes elijan entre el tipo “de derecho” o de “amigables componedores”, estableciendo como regla que si nada se dice al respecto será “de derecho”.

Va de suyo que aunque la norma no lo señale en forma expresa, cabe destacar que el modo de elección de los árbitros nos ubica frente a dos categorías de arbitraje perfectamente diferenciadas: “libre” o “*ad hoc*”, en donde las partes designan a la persona del árbitro, e “institucional”, reglada en el artículo 1657.

La determinación del carácter del arbitraje depende de la voluntad de las partes, quienes al acordar el contrato deben establecerlo.

II) Concordancias

CPCCN, juicio de amigables componedores, clase de arbitraje (art. 766).

III) Interpretación de la norma

En esta inteligencia, resulta un cambio importante que se otorgue prioridad al arbitraje de derecho, que es a lo que apunta a definir el modo de actuación de los árbitros y la naturaleza y contenido de la decisión.

En efecto, Caivano¹⁹⁵ explica que los árbitros de derecho resuelven el caso de igual manera que lo haría un magistrado de la justicia ordinaria, y por ello, su caracterización obliga a aquéllos a sustentar el decisorio en el ordenamiento jurídico fondal.

El autor citado señala que existe una similitud entre la forma de resolver del árbitro *iuris* y el juez, pero que la diferencia sustancial

¹⁹⁵ CAIVANO, *Arbitraje* cit., p. 72.

se encuentra en el contrato de arbitraje que puede señalar el ámbito normativo que corresponde aplicar, circunscribiendo el campo de libertad del árbitro; por el contrario, al juez se le pueden invocar las normas que se estimen pertinentes, pero más allá de la voluntad de las partes, la facultad jurisdiccional lo *habilita* a aplicar la que corresponde por el conocido principio *iura novit curia*.

Por el contrario, los "amigables componedores" también denominados "arbitradores" deben resolver según "su leal saber y entender", o si se quiere bajo la antiquísima forma: "a verdad sabida y buena fe guardada".

En esta línea, el amigable componedor da la idea más de un mediador o de un conciliador que de un verdadero árbitro, y no siempre se tiene la clara conciencia de que al pactar el sometimiento a este tipo de arbitraje se está atribuyendo a estos terceros el poder de dictar una "sentencia irrevisible".

Así, cabe aclarar que los amigables componedores no están constringidos a la aplicación de preceptos jurídicos, ni en el procedimiento ni en el contenido del laudo, y que la norma de equidad forma parte de la esencia misma de la amigable composición.

En este sentido, el amigable componedor, al carecer de soporte legal en sentido estricto, debe poner el máximo empeño en demostrar, a través de la fundamentación del laudo, que la decisión adoptada es la más justa, la que más se compadece con el caso, con las circunstancias de la causa y con la equidad. Dicho derechamente, la herramienta central del amigable componedor es convencer a las partes de su justicia intrínseca.

De todas formas, si el leal saber y entender de los árbitros coincide con las disposiciones legales, resulta saluante que se las invoque.

El sentido y la razón de ser de esta categoría de árbitros es, precisamente, que el diferendo sea resuelto no sobre la base de contenidos legales, sino en base al parámetro de "equidad" menos rígida que la legal.

IV) Significado de la reforma

La nueva regulación sigue receptando la doble categoría de árbitros

que se ha explicado supra, pero realiza una clara opción por la de "derecho", en caso de que las partes nada digan al respecto, en atención a que en ésta se resuelve en base al ordenamiento jurídico vigente.

Éste fue uno de los aspectos debatidos en el régimen legal anterior, es decir, cuando el arbitraje estaba reglado en los distintos códigos de procedimiento, y no había una directriz general.

En este sentido, Caivano¹⁹⁶ puntualiza que es más coherente que en caso de silencio de las partes el arbitraje sea de derecho y no de amigables componedores. Ahora bien, se recuerda las conclusiones de las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Facultad de Derecho de la UBA, del 10, 11 y 12 de septiembre de 1992, que recomendaron el sistema de amigables componedores para obtener fórmulas de decisiones informales.

En una palabra, debe puntualizarse que el compromiso de los amigables componedores está más estrictamente ligado con la equidad que con la ley; de manera que cuando haya discordancia entre ambos, en la opción entre aplicar la equidad que les dicta su conciencia o la decisión que el legislador aplicó como justa, deberán aplicar lo primero, aun en detrimento de la ley.

Art. 1653 Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

I) Resumen

La nueva estructura legal permite articular en una única pieza la cláusula compromisoria y el pacto arbitral, es decir, no sólo la conformidad de las partes de que la controversia la resuelva un árbitro de derecho y/o de equidad, sino también el modo de designación de éstos, las materias sometidas a su juzgamiento, el procedimiento, y demás aspectos integrativos del contrato.

¹⁹⁶ CAIVANO, *Arbitraje* cit., p. 75.

Todos estos aspectos al gozar de autonomía se independizan del negocio al que acceden, y, consecuentemente, la intervención de la jurisdicción arbitral se mantiene aun en caso de nulidad de aquél con la finalidad de que los árbitros se pronuncien sobre los derechos de las partes.

II) Concordancias

Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, apartado titulado: *Autonomía de la convención arbitral* (art. 7º). Ley Modelo de Uncitral (art. 16).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La autonomía de la voluntad: la "lex mercatoria"*

El arbitraje significa el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para disponer el sometimiento de sus controversias privadas a personas diferentes de los magistrados.

La historia del derecho mercantil enseña que desde sus orígenes en la Edad Media los mercaderes, hoy empresarios, se dictaban sus propias normas de solución de conflictos incorporadas en los conocidos "Estatutos" del Medioevo.

Esta característica de la *lex mercatoria* basada en la confianza, movilidad y celeridad de los negocios requiere también de un medio de solución de controversias por especialistas, en cada uno de los ámbitos de la actividad empresaria e industrial, que goce de aquellas notas caracterizantes evitando litigios que impliquen un dispendio de tiempo y costos que terminan afectando el quehacer económico.

Por ello, es connatural al ejercicio del comercio que las partes acuerden el modo de solución de las eventuales controversias que se deriven de los negocios, dando lugar así a la denominada "cláusula compromisoria" o "pacto arbitral", como alternativa de composición de intereses económicos.

En opinión de Heredia¹⁹⁷, la relevancia del arbitraje se advierte,

¹⁹⁷ HEREDIA, ob. cit., t. IV, p. 908.

especialmente, en los negocios internacionales donde sobresalen sus ventajas comparativas frente al procedimiento judicial estatal.

Así, con relación al órgano arbitral, su neutralidad y especialización permite a las partes la libertad de elegir a los árbitros atendiendo a razones de capacitación profesional.

Con respecto al procedimiento arbitral, éste resulta un medio rápido, sencillo y normalmente más económico, pues, salvo el caso de lesión al derecho de defensa, es viable pactar la inapelabilidad del laudo arbitral, como medio de concluir definitivamente la contienda o difiriendo de intereses.

En este orden, el arbitraje tiene origen en una convención particular, nacida al amparo de la autonomía de la voluntad, pero que goza de un tinte de naturaleza pública, por los efectos que de ella se derivan de la función de los árbitros.

La jurisprudencia¹⁹⁸ ha expresado que "el proceso arbitral es un equivalente jurisdiccional privado de la jurisdicción judicial o estatal [...] los jueces árbitros y árbitros arbitradores cumplen una función jurisdiccional, en el sentido de resolver definitivamente y como acto de autoridad, un conflicto al que son ajenos [...] más allá del *imperium* exclusivo de los jueces del Poder Judicial, tanto éstos como los jueces arbitrales –lo que incluye por igual a árbitros y a amigables compositores– cumplen una esencialmente idéntica función jurisdiccional, en el sentido de 'decir el derecho' aplicable a terceros en un caso de conflicto al que ponen definitivamente fin mediante un acto de autoridad".

En este aspecto, cabe señalar que no puede decirse que el contrato base sea lo principal, y la cláusula compromisoria accesoria, o, dicho de otro modo, el contrato de arbitraje no es una cláusula más dentro del otro contrato.

Entre las cláusulas comunes de cualquier convenio, y la que da nacimiento al arbitraje, existió siempre una diferencia sustancial que justificaba su autonomía "relativa". Esta diferencia estriba en que las demás cláusulas contractuales regulan aspectos parciales de las pres-

¹⁹⁸ CCom., sala D. 20-4-92. en autos: "Blanco. Guillermo c/Petroquímica Bahía Blanca". www.lexisnexusonline.com.ar (Nº 70003765).

taciones, mientras que la compromisoria está destinada a "atribuir jurisdicción" a quienes habrán de resolver los diferendos que se originen en el contrato, para lo cual es ineludible que se avoquen a su interpretación. En una palabra, no está pensada para tomar una parte de la relación jurídica convencional, sino su totalidad, y su objeto no es reglar prestaciones de las partes, sino acordar el modo a través del cual se solucionarán las eventuales disputas que pudieran surgir¹⁹⁹.

Por su parte, Rivera y Parodi²⁰⁰ explican que la autonomía del contrato de arbitraje implica que es un negocio distinto del contrato del cual puede emanar la controversia. De tal modo las causas que afectan a la eficacia del contrato principal no se extienden a la cláusula arbitral.

En igual sentido, los autores citados destacan que algunas de las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina establecen el principio de autonomía de manera explícita, entre las que mencionan a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Asimismo, en el ámbito del Mercosur, cabe referenciar el denominado Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, el que en el apartado titulado *Autonomía de la convención arbitral* expresamente puntualiza que "La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral" (art. 7°); agregando en el artículo siguiente: "Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, de oficio o a solicitud de partes".

La Ley Modelo de Uncitral recepta el principio de autonomía en la segunda parte del artículo 16, conforme al cual "...una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato".

Para una opinión²⁰¹ la pretensión de confundir autonomía con independencia absoluta, tal el texto del artículo 1653, carece de sentido,

¹⁹⁹ CAIVANO, *Arbitraje* cit., p. 162.

²⁰⁰ RIVERA y PARODI, ob. cit., p. 780.

²⁰¹ FALCÓN, ob. cit.

pues una cosa son los aspectos relativos a la nulidad del contrato base, que podría ser competencia de los árbitros, y otra muy distinta la situación de inexistencia de la cláusula compromisoria.

Así, se señala que el error se advierte claramente cuando se lee el artículo 16.1 de la Ley Modelo de Uncitral, que efectivamente otorga al tribunal arbitral la facultad para decidir acerca de su propia competencia, pero que no cabe confundir entre la validez o existencia entre el acuerdo de arbitraje y la inexistencia del contrato base que lo sustenta.

Comoquiera que sea, queda clara la postura que ha seguido la Comisión, conforme a los antecedentes internacionales en el sentido de la autonomía del contrato de arbitraje, lo cual significa que se trata de un acuerdo independiente y distinto del convenio principal celebrado entre las partes. Ello tiene una valiosa, inmediata, consecuencia —como sostiene Parodi—, ya que las causas que afectan a la eficacia del contrato principal *no se extienden a la cláusula arbitral*.

Art. 1654 Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

I) Resumen

El artículo bajo estudio expresamente es una derivación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, que el propio Código establece en el artículo precedente, y que implica que los árbitros resuelven sobre todo el contrato.

De tal modo, la competencia, o mejor dicho su jurisdicción, los habilita para decir sobre su propia aptitud para resolver el diferendo e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral o cualquier otra que impida ingresar al fondo de la controversia.

II) Concordancias

Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, apartado titulado: *Autonomía de la convención arbitral* (art. 8°). Ley Modelo de Uncitral (art. 16).

III) Interpretación de la norma

Cabe recordar que la administración de justicia es una función esencial del Estado, y que, por ello, la Constitución Nacional impone la obligación “de afianzar la justicia” en su *Preámbulo*, y luego en su articulado establece como requisito para garantizar a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones que las Constituciones locales aseguren su administración de justicia (art. 5°).

Esta afirmación que lleva a la existencia de un poder del Estado independiente, como lo es el Poder Judicial, no implica necesariamente que deba ser siempre ejercida monopólicamente.

En este aspecto, en ciertos casos, la obligación impuesta constitucionalmente se cumplirá de manera más eficaz permitiendo que los particulares, en su esfera de libertad y tratándose siempre de derechos disponibles, puedan elegir el método de resolución de conflictos que mejor atienda a sus necesidades.

Esta realidad fue receptada tanto en el derecho comparado como en los códigos procesales de nuestro país, que reconocieron al arbitraje como un modo de resolución de conflictos en determinado tipo de controversias, atribuyendo el juzgamiento de ellas a ciertos particulares, quienes se encuentran investidos de una verdadera “jurisdicción”.

Por su parte, el principio competencia está reconocido por la doctrina y previsto en múltiples legislaciones.

Así, cabe mencionar a la Ley Modelo de Uncitral, artículo 16, que lo recepta: “Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia: 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje...”

Dicha competencia también se encuentra incorporada en el Acuerdo Mercosur, que en el artículo 8° establece: “Las cuestiones relativas a

la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes”, por lo que forma parte del derecho argentino.

IV) Significado de la reforma

En esta línea, la relevancia jurídica que tiene la voluntad de las partes en la admisión del sistema arbitral, como alternativa para la resolución de sus conflictos, le otorga a este tipo de contrato su propia fuerza vinculante.

Así, el poder de los árbitros para administrar justicia proviene de la ley, que les otorga facultad para resolver sobre los propios conflictos que puedan derivarse incluso respecto de la competencia que ellos mismos poseen.

Caivano²⁰² puntualiza que lo esencial de la jurisdicción radica en la intervención de un tercero ajeno a las partes, equidistante e imparcial, a quien se dota del poder de adjudicar un orden de reparto, imponiendo a aquéllas una decisión vinculante y obligatoria.

Cabe destacar que si bien el arbitraje nace de un contrato o relación compromisoria, permite advertir que al surgir el conflicto, la relación *inter partes* se transforma en un esquema tripartito, en donde el tribunal arbitral, más allá de su carácter unipersonal o colegial, o su faceta *ad hoc* o institucional, otorga a estos terceros la facultad jurisdiccional de dirimir el conflicto a través de una nueva normativa que será establecida por las partes y/o también por la institución que brinda el servicio.

Art. 1655 *Dictado de medidas previas.* Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal

²⁰² CAIVANO, *Arbitraje* cit., p. 100.

judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

I) Resumen

El precepto legal establece la facultad de los árbitros de disponer, a pedido de parte, medidas cautelares que estimen necesarias para tutelar el resultado del litigio.

Como toda cautelar, presupone la configuración de sus recaudos de procedencia, en orden a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y la contracautela, aspectos estrictamente jurisdiccionales que deben ser analizados por el tribunal arbitral.

En este último aspecto, el artículo señala que los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante, lo que parece sobreabundante pues, tal como se dijo, se está ante una figura del derecho procesal que está regulada en todos los códigos de rito.

Sin embargo, la norma advierte que la ejecución de la cautelar debe peticionarse ante el juez que corresponda, quien también será competente para entender en las impugnaciones de las medidas dictadas por los árbitros.

II) Interpretación de la norma

Cabe recordar que las medidas cautelares han sido conceptualizadas como los "arbitrios o resoluciones judiciales que tienen como fin garantizar el resultado del proceso o anticipar durante la sustanciación del mismo la probable resolución que pueda dictarse al resolverse la cuestión principal"²⁰³.

²⁰³ RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel, *Cuestiones procesales*, Alveroni, Córdoba, 1998, p. 137.

En este sentido, este tipo de medidas tiene un carácter asegurativo y anticipatorio, pues durante el lapso que transcurre desde la iniciación de un proceso hasta el pronunciamiento de la decisión final, puede sobrevenir cualquier circunstancia que reste eficacia a la resolución definitiva, y de allí que las medidas cautelares, denominadas asegurativas, garantizan justamente la eficacia de la tutela jurisdiccional.

Además de la finalidad asegurativa, se encuentra su carácter satisfactivo mediante el cual ya no se procura garantizar el resultado del proceso principal, sino lograr una anticipación de la probable resolución, evitando el perjuicio que puede significar retardar la pretensión o la solución del diferendo para el momento en que se dicte el laudo definitivo.

En esta inteligencia, aquí se advierte la diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, en atención a que los árbitros carecen de *executio*, y, en consecuencia, la norma requiere que la ejecución de la medida cautelar y las diligencias preliminares deben hacerse por un tribunal judicial.

Por su parte, el precepto reitera que las partes pueden solicitar la adopción de estas medidas también al juez, sin que ello se considere renuncia al arbitraje ni incumplimiento del compromiso, y agregando que tampoco excluye los poderes de los árbitros.

III) Significado de la reforma

Así, la norma contiene una dualidad de funciones que requerirá de un esfuerzo hermenéutico pues, pese a que comienza otorgándole la facultad de cautelar a los árbitros, a la postre, resulta patente que este tipo de medida por su urgencia requiere de ejecutabilidad, y esta última característica sólo la detenta la justicia ordinaria, todo lo cual implicará que por razones de economía procesal, en la mayoría de los casos, se requieran directamente ante el juez.

Para rematar este aspecto, se señala que las medidas previas adoptadas por los árbitros pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

De este modo, resulta patente que para el éxito de un juicio, aunque

sea un arbitraje, las medidas cautelares son fundamentales, y más allá del otorgamiento de la facultad a los árbitros, la necesidad de su ejecución y el eventual contralor jurisdiccional en caso de garantías constitucionales llevará a que se pida ante el juez ordinario, realizándose una "revisión de competencias".

Art. 1656 *Efectos. Revisión de los laudos arbitrales.* El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

I) Resumen

En primer lugar, la norma establece la fuerza vinculante y obligatoria de la decisión emanada de los árbitros, que pone fin al litigio, y que se conoce como "laudo".

En esta línea, cabe señalar que el dictado del laudo es la forma en que los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal, y su emisión implica dar por concluido el debate y su competencia, mediante la solución de la controversia planteada entre las partes.

Así, el laudo arbitral culmina con la jurisdicción nacida de fuente convencional y limitada al caso.

En igual sentido, la norma establece que en caso de que el tribunal arbitral no esté conociendo de la controversia, y el convenio parezca manifiestamente nulo e inaplicable, ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

De todas formas, en su segundo apartado señala que la justicia ordinaria puede revisar el laudo arbitral cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial.

Por último, se establece un principio liminar al señalarse que no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que sea contrario al ordenamiento jurídico.

II) Concordancias

CPCCN, juicio arbitral, medida de ejecución (art. 753); recursos (art. 758); renuncia de recursos, aclaratoria, nulidad (art. 760); recursos (art. 763); juicio de amigables compondores, nulidad (art. 771).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La fuerza vinculante del laudo arbitral*

La eficacia del laudo arbitral se basa en la convención de las partes, origen de esta jurisdicción especial, pero también del contenido de dicho instrumento que, según el tipo de árbitro que se elija, al pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, debe estar adecuadamente fundado.

Así, se señala que en el arbitraje de derecho debe respetarse el ordenamiento jurídico, pues la fundamentación de la decisión debe ser una derivación razonada de la normativa aplicable al caso.

Por el contrario, también se aclaraba que en el caso de los amigables compondores el principio de equidad tenía un rol fundamental en orden a que la controversia se resolviera según el clásico principio de las reglas de la verdad sabida y buena fe guardada.

En este sentido, Caivano²⁰⁴ interpreta que todos los principios relativos a la fundamentación de una sentencia consistentes en la construcción de un razonamiento suficiente son aplicables a los laudos.

El autor citada puntualiza que en el caso del arbitraje existen razones adicionales para considerar la expresión de los fundamentos como una cuestión relevante dentro de la estructura del laudo. Así, cabe reconocer

²⁰⁴ CAIVANO. *Arbitraje* cit., p. 252.

que la fuerza de esta resolución ha sido la elección voluntaria de las partes y la circunstancia de que estén destinados a ser cumplidos espontáneamente. Por ello, es necesario que a través del laudo las partes revaliden la confianza que han depositado debiendo atender al objetivo final de demostrar que la solución adoptada es "la mejor".

Por este motivo, la norma establece expresamente primero que no se puede renunciar a la impugnación judicial cuando el laudo sea contrario al ordenamiento jurídico, pero este principio no puede ser tomado ampliamente, sino que debe leerse en orden a la alegación de causales de nulidad total o parcial.

De tal modo, los laudos arbitrales pueden ser revisados ante la justicia competente en razón de la materia y del territorio.

En esta línea, Rivera y Parodi²⁰⁵ señalan que "...se establece la regla interpretativa *favor arbitri*, consagrada en el vigente Código Procesal de la Provincia de San Juan. De este modo se pretende contrarrestar la corriente jurisprudencial que permanentemente invoca la 'interpretación restrictiva' de la cláusula arbitral. Es una regla sobre interpretación de un contrato, con lo cual también forma parte del derecho material".

III.2) *La posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la inconstitucionalidad de una norma*

Un aspecto que no puede dejar de abordarse cuando se hace referencia al contenido del laudo arbitral es la cuestión relativa a la facultad de los árbitros de dictar la inconstitucionalidad de una norma, si ésta resulta contraria a la Carta Magna, o a los tratados constitucionalizados.

Cabe aclarar que si bien este aspecto no surge estrictamente del contenido del artículo comentado, hace a las facultades de los árbitros, y, consecuentemente, al contenido de su decisorio, por lo que se entiende constituye un aspecto importante que corresponde abordar.

Hoy no solamente cabe señalar que se está frente a la viabilidad del análisis de constitucionalidad, sino también al de convencionalidad, tal como lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia.

²⁰⁵ RIVERA y PARODI, ob. cit., p. 23.

A esta altura de la jurisprudencia y de los criterios de la CSJN, corresponde pronunciarse por la solución afirmativa, es decir que los tribunales arbitrales tienen la facultad de descalificar por inconstitucional una norma.

Así, Rivera²⁰⁶ recuerda que una de las primeras decisiones surgió del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, de gran prestigio en el medio, que resolvió que en el marco de la jurisdicción arbitral no se halla excluida la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas de los poderes públicos²⁰⁷.

El autor citado agrega que, con posterioridad, el mismo tribunal dictó otra resolución en la que se decidió que puede plantearse la inconstitucionalidad de las normas y que los árbitros tienen competencia para resolver dicha cuestión.

En el precedente reseñado se dijo que "no existe óbice alguno para que un Tribunal Arbitral se expida sobre la validez constitucional de una normativa pues no es éste el objeto de la controversia sino la relación sustancial, que configura un caso, de carácter eminentemente privado, que le da origen al desarrollo de este proceso, en donde como consecuencia natural, éste como cualquier otro tribunal que posea jurisdicción, puede expedirse, aun de oficio, sobre la constitucionalidad o no de una norma determinada [...] y que producirá efectos únicamente para las partes involucradas"²⁰⁸.

En el laudo citado se puntualizó que no es óbice a la competencia del tribunal arbitral, la circunstancia de que éste deba resolver la cuestión propuesta *ex aequo et bono*, o sea, conforme a equidad; pues si por razones equitativas puede considerar la aplicación de una norma en desmedro de otra, no hay razón que le impida prescindir de una norma por resultar repugnante a la Constitución Nacional.

²⁰⁶ RIVERA, *El arbitraje en Argentina* cit.

²⁰⁷ Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19-3-2002, "CIERP SA c/Grinbank, Daniel Ernesto s/Resolución contractual", E. D. 198-464.

²⁰⁸ Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, resolución del director de procedimiento (firme), 5-11-2002, "IGT Argentina SA c/Tri- lenium SA y otros s/Restitución de bienes", E. D. del 7-3-2003.

De tal modo, este criterio obtuvo carta de ciudadanía y fue apoyado por Morello al comentar la causa "CIERP SA"²⁰⁹, quien señaló que el tribunal arbitral es un tribunal de justicia, ya que la función que cumple es propia de los órganos jurisdiccionales, aunque puede no tener todos sus atributos, por lo que los árbitros no tienen límites para asumir y definir, dentro del marco de la controversia, la constitucionalidad de las normas enjuiciadas que se incluye en su competencia.

En síntesis, los árbitros tienen idénticas potestades a los jueces ordinarios para decir sobre su propia competencia, y también para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas en que fundarán su laudo.

IV) Significado de la reforma

En esta inteligencia, el artículo en comentario reafirma la obligatoriedad del laudo arbitral, dotándolo de eficacia como alternativa para la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento.

En igual línea, deja a salvo la posibilidad de impugnar la decisión de los árbitros ante la justicia ordinaria cuando se pueden invocar causales de nulidad, total o parcial, y aunque no lo diga la norma, cuando se encuentren de por medio garantías constitucionales o el orden público.

Pese a ello, se ha señalado que el principio es el *favor arbitri*, es decir que, en caso de duda, debe estarse a favor de la validez del laudo, justamente para evitar otra alternativa más de judicialización del caso, y consecuente incumplimiento del fin del instituto.

De tal modo, se advierte con meridiana claridad que este artículo regula un aspecto netamente procesal como son los efectos del laudo arbitral, de manera similar a como se lo hace con las sentencias de los jueces.

En una palabra, al lado del proceso judicial ordinario aparece el arbitraje como sustitutivo de la jurisdicción porque el Estado permite sustraer cierto tipo de controversias de sus tribunales oficiales, todo

²⁰⁹ MORELLO, Augusto Mario. ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?. en E. D. 198-467.

lo cual denota el carácter jurisdiccional de la actividad de los árbitros, aun cuando les falte la *cærcio* y la *executio*.

En este aspecto, cabe destacar que Caivano²¹⁰ explica que no existen normas generales que precisen cuál es el juez competente para la ejecución del laudo arbitral, y por ello destaca que es conveniente que las partes lo convengan en el acuerdo o contrato de arbitraje.

En caso de no haber sido objeto de convenio, habrá que estar a las reglas que en general contienen los respectivos códigos procesales. Específicamente, el Código de Santa Fe contiene una regla que resuelve la cuestión, en su artículo 435, expresando que la notificación del laudo se hará por intermedio del juez ordinario "a quien correspondería el conocimiento de la causa de acuerdo con las normas comunes" y que "Al mismo juez incumbe llevar a efecto la sentencia ejecutoriada".

En esta línea, la Cámara Nacional Civil se ha pronunciado por la competencia del juez que hubiera sido competente para entender en el pleito de no mediar el compromiso arbitral²¹¹.

Art. 1657 Arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

I) Resumen

El artículo incluye dos fenómenos del arbitraje institucional, a saber: la administración del arbitraje, y la designación de árbitros a instituciones cuyos estatutos contengan esta vía alternativa de solución de conflictos, y, consecuentemente, la hayan regulado y reglamentado.

Así, la normativa de las asociaciones civiles como la del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Rosario, Córdoba, etcétera, u otras extranjeras integra el contrato de arbitraje, lo que está así reconocido por la doctrina y la jurisprudencia

²¹⁰ CAIVANO, ob. cit., p. 274.

²¹¹ CNCiv., sala A, E. D. 69-394.

de muchos países que han abordado el tema. En consecuencia, el reglamento de la institución obliga a las partes como si fuera la ley misma.

En igual línea, las instituciones pueden designar a los árbitros de su propia nómina de expertos, y de allí el carácter institucional de la función.

II) Concordancias

Ley 26.831 (art. 46).

III) Interpretación de la norma

En el arbitraje institucional existe una entidad especializada que administra y organiza el trámite, como así también designa a los árbitros y, consecuentemente, presta su infraestructura para que la contienda pueda ser resuelta con eficacia.

En esta línea, las entidades que regulan el arbitraje tienen un reglamento que establece el procedimiento y el modo de designación de los árbitros, y al cual las partes se someten mediante el contrato de arbitraje y/o cláusula compromisoria.

Cabe destacar que en general se trata de instituciones de reconocido prestigio, que a lo largo del tiempo han ido perfeccionando las necesidades que se plantean en materia de solución de conflictos.

Los reglamentos suelen contemplar determinadas facultades de la entidad, que tienden a evitar que ante desacuerdo o falta de cooperación haya que accionar judicialmente. Es en este aspecto que se les atribuye la tarea de designar a los árbitros cuando éstos no lo hacen, resolver las recusaciones en caso de que existieran, fijar la sede del arbitraje, y establecer el modo de fijar los honorarios, entre otras.

Así, Caivano²¹² cita casos especiales de arbitraje institucional, en los que la entidad asume un grado de compromiso mayor, como es el caso de las Cámaras Arbitrales de Cereales, en que la propia comisión directiva de la institución es el tribunal, o del Tribunal de Arbitraje

de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, constituido por tres árbitros permanentes designados por el consejo directivo de la Bolsa.

En este sentido, el artículo 46 de la ley 26.831 dispone en el marco del mercado de capitales que "*Todos los mercados deberán contar en su ámbito con un tribunal arbitral permanente*, al cual quedarán sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (t. o. 1984) y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. En todos los casos, *los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes*. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el tribunal judicial. *También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición*. Las reglamentaciones que los mercados dicten, aplicables a la creación y funcionamiento de los tribunales arbitrales, deberán ser sometidas a la previa aprobación de la Comisión Nacional de Valores".

En consecuencia, como la norma está referida a las sociedades que cotizan en bolsa, no afecta el régimen de exclusiones reglado en el artículo 1651, pues se está ante entidades de similar envergadura, pese a lo cual el artículo deja a salvo la posibilidad de que los accionistas o inversores opten por acudir a los tribunales jurisdiccionales ordinarios. Por último, el artículo citado también habilita a todas las personas que efectúen oferta pública a someterse a la "jurisdicción arbitral".

Desde otro costado, en el arbitraje internacional, Caivano señala que un caso particular lo constituye el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio, como uno de los tribunales más prestigiosos del mundo, que prevé un sistema de control más estricto. En este ámbito los árbitros deciden el pleito conforme su propio criterio

²¹² CAIVANO, ob. cit., p. 69.

y redactan el laudo, pero antes de ser notificadas las partes, se remite a la institución en la que profesionales especializados en la materia verifican que se hayan cumplido los pasos y formas legales evitando futuras impugnaciones o nulidades. Además, destaca que si la decisión de fondo es considerada injusta o arbitraria, la entidad no tiene facultad para modificarla, pero puede hacerlo conoer al árbitro.

IV) Significado de la reforma

En este aspecto, además de la clásica distinción entre el arbitraje "libre" y el "institucional", la nueva normativa deja bien en claro el rol de este tipo de instituciones, y cuáles son los aspectos que se encuentran imbricados en esta clase de arbitraje.

Caivano²¹³ señala que la ventaja del arbitraje institucional es evidente ya que dota a este modo de solución de controversias de reconocimiento en la versación de los temas sometidos a su solución, y de indudable autonomía, pues está de por medio la investidura de la propia institución.

Art. 1658 *Cláusulas facultativas*. Se puede convenir:

- a) la sede del arbitraje;
- b) el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;
- c) el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;
- d) el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;
- e) la confidencialidad del arbitraje;
- f) el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

D) Resumen

La norma en estudio establece aspectos operativos que permitan

²¹³ CAIVANO, ob. cit., p. 69.

viabilizar el arbitraje y que tienen una notable connotación, demostrando que en realidad han sido "tomadas" del arbitraje internacional.

Así, en primer lugar, las partes pueden convenir la sede del arbitraje, aspecto que muchas veces implica no solamente el sometimiento a este modo de solución de controversia, sino también la prórroga de la jurisdicción.

En segundo lugar, aparece una característica típica del arbitraje internacional, cual es la definición del idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento.

Resulta patente que tratándose de una ordenación interna, el lenguaje debe ser el propio del país, y la habilitación de la libertad en este aspecto está denotando una apertura enderezada a tratar en pie de igualdad a los extranjeros, aspecto que no es cuestionable, sino todo lo contrario, pues se condice con el principio de libertad de formas.

En tercer lugar, las partes también pueden convenir el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

Éste es un aspecto polémico, en primer lugar cabe afirmar que sería una normativa netamente procesal que deberá correlacionarse, según el ámbito en que se desarrolle el arbitraje, con los códigos de rito nacional o provinciales.

En efecto, este aspecto es propio de lo que la doctrina siempre conoció como "pacto arbitral", es decir, como la segunda fase que le sigue a la cláusula compromisoria, y cuando ya está planteado el conflicto, resulta necesario designar los árbitros, y vehiculizar el modo y la forma en que las partes plantearán el diferendo o conflicto y cómo harán valer sus respectivas pretensiones.

Así, Caivano²¹⁴ explica que la materia arbitral es en la generalidad de los casos producto del consentimiento de las partes, y de allí que también puedan articular el proceso.

A su vez, el artículo agrega que si no ha habido acuerdo sobre este aspecto, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, y en este aspecto influirá sin duda el tipo de arbitraje que las partes hayan adoptado, pues si escogieron el ins-

²¹⁴ CAIVANO, *Arbitraje* cit., p. 209.

tucional, existirán reglas de procedimiento dictadas por la entidad a la que las partes se han sometido.

Por el contrario, en caso de tribunales *ad hoc* los árbitros suelen establecer el trámite y solicitar a las partes su ratificación para evitar ulteriores planteos.

En cuarto lugar, la norma habilita que las partes definan el plazo dentro del cual debe resolver el árbitro, y en caso de que nada dijeran, debe estarse al reglamento de la entidad administradora, y en su defecto al que establezca el derecho de la sede.

Tal como se advierte, se trata de un precepto de carácter estrictamente ordenatorio para permitir el estudio adecuado de la controversia puesta a disposición del tribunal arbitral.

Asimismo, el artículo también posibilita el pacto de confidencialidad del arbitraje, todo lo cual por tratarse de materia patrimonial disponible aparece razonable, siempre que se respeten las materias excluidas.

Por último, el artículo señala cómo se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

II) Concordancias

CPCCN, juicio arbitral, cláusulas facultativas (art. 741).

III) Interpretación de la norma

En esta inteligencia, la primera afirmación que corresponde hacer es que el procedimiento arbitral tiene carácter instrumental, y es sólo el vehículo a través del cual los árbitros pueden dictar un pronunciamiento que ponga fin a las cuestiones litigiosas.

Estos aspectos, tal como se señaló supra, dependerán del modo de la actuación del árbitro y del tipo de estos últimos.

En efecto, ya se dijo que en el arbitraje institucional el procedimiento está reglado por las instituciones que prestan el servicio de arbitraje.

Por el contrario, en los arbitrajes *ad hoc* es donde hay más libertad de formas, sin perjuicio de lo cual la técnica procesal importa un

entramado de facilitación del logro del laudo arbitral y, por ende, normalmente se siguen las normas rituales establecidas en los distintos códigos de procedimiento nacional o provinciales.

En este sentido, Caivano²¹⁵ desarrolla una serie de pautas según el procedimiento sea ante árbitros de derecho o amigables compondores, explicando también de qué manera debe receptarse la prueba en sede arbitral.

El autor citado señala que, como en todo proceso jurisdiccional, la etapa más crítica y la que más recursos insume es precisamente la probatoria. Así, reconoce que la práctica demuestra que rara vez se cumplen los plazos previstos, y por ello, en el arbitraje es necesario conceder a los árbitros atribuciones suficientes para dictar normas que otorguen celeridad y autonomía al arbitraje.

Por su parte, Rivera y Parodi²¹⁶ señalan que "...esta disposición debe ser leída en coordinación con la del último párrafo del artículo 1662, que reza de la manera que sigue: 'En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos'. O sea que la flexibilidad propia del procedimiento arbitral no alcanza para suprimir la garantía del debido proceso, que consiste en definitiva en que todas las partes sean tratadas de manera igualitaria y tengan oportunidad adecuada de alegación y prueba".

Art. 1659 Designación de los árbitros. El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

A falta de tal acuerdo:

- a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para

²¹⁵ CAIVANO, ob. cit., p. 228.

²¹⁶ RIVERA y PARODI, ob. cit.

que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial;

- b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.

I) Resumen

La primera parte de la norma presupone que se está frente a un contrato de arbitraje *ad hoc*, pues señala que el tribunal puede estar compuesto por uno o más árbitros, y puntualiza que si nada se ha estipulado, los árbitros deben ser tres.

Agrega que las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros y a falta de acuerdo establece las siguientes opciones: a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra uno y los dos árbitros así designados nombran el tercero, si una parte no nombra el árbitro dentro de los 30 días de recibido el pedido o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo respecto del tercero, la designación debe ser hecha por la entidad administradora del arbitraje o por el tribunal judicial; b) en el arbitraje con un único árbitro, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo debe ser nombrado igualmente por la entidad o por el tribunal judicial.

Por último, la norma reitera como principio general que en caso de desacuerdo sobre la forma de constitución del tribunal, se resolverá por la entidad administradora del arbitraje o por el tribunal judicial.

II) Concordancias

CPCCN, juicio arbitral, forma del compromiso (art. 739); contenido (art. 740); nombramiento (art. 743).

III) Interpretación de la norma

En esta inteligencia, se advierte que en la designación de los árbitros se establece la vigencia de la autonomía de la voluntad de cada una de las partes para elegir a los árbitros, a cuyo fin pueden establecer una vía específica.

En esta línea, el precepto reitera una misma regla para todos los casos, aun cuando va detallando las distintas alternativas, sea que se trate del caso de un tribunal de tres árbitros, como así de uno, para culminar diciendo que cuando hay desacuerdo en la designación de los árbitros, si se está frente a un arbitraje institucional, es la entidad administradora la que designará a éstos; por el contrario, en el arbitraje *ad hoc* debe requerirse a la justicia ordinaria que se proceda a la designación.

Sagrario²¹⁷ afirma que “las partes pactaron el arbitraje precisamente para no recurrir a la justicia, y el remedio legal obliga a acudir a esa misma justicia, y ni siquiera para resolver las cuestiones litigiosas, sino para forzar a una de las partes a perfeccionar el acuerdo mediante el cual se sometieron al arbitraje”.

En igual sentido se pronuncia Falcón²¹⁸, quien señala que uno de los problemas centrales es la designación de los árbitros, y que este tema ha hecho fracasar en gran parte el sistema arbitral. Así, sostiene que el Código reitera las normas de los artículos 739 y 740 del CPCCN, que mostraron su ineficacia, pues a la postre, cuando se plantea la controversia, debe arribarse al tribunal judicial para lograrse la designación del árbitro.

En esta línea, cabe puntualizar que la problemática no se da en el arbitraje institucional pues la designación de los árbitros estará

²¹⁷ SAGRARIO, Ramiro. *El acuerdo de arbitraje en el Proyecto de Código*. en L. L. Supl. Act. del 29-8-2013. p. 1. AR/DOC/2784/2013.

²¹⁸ FALCÓN, ob. cit.

sujeta a las reglas de la entidad administradora, a la que las partes se sometieron expresamente.

Por el contrario, el problema se plantea en el arbitraje *ad hoc* pues no existen reglas predeterminadas, y eventualmente, ante la discordia entre las partes debe terminar recurriéndose al juez ordinario que indudablemente fundará su resolución en las disposiciones rituales de la jurisdicción donde tenga su asiento.

Art. 1660 *Calidades de los árbitros.* Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.

I) Resumen

El precepto legal establece como presupuesto fundamental la capacidad de la persona que puede desempeñarse como árbitro, y en este sentido, los Códigos de la Nación, de Buenos Aires y de Córdoba, entre otros, establecen que la persona que puede ser árbitro debe ser mayor de edad y estar en pleno ejercicio de los derechos civiles.

Asimismo, se admite que las partes exijan determinadas características de los árbitros, en cuanto a su nacionalidad, profesión o experiencia, todo de conformidad al asunto que pretenden someter a aquéllos.

II) Concordancias

CPCCN, juicio arbitral, capacidad (art. 738); nombramiento (art. 743).

III) Interpretación de la norma

En esta inteligencia, la capacidad plena se adquiere a los 18 años, en virtud de lo dispuesto por el artículo 25 del nuevo Código. Así, los emancipados del artículo 27 tienen las limitaciones establecidas en el artículo 28 y también están ajustados a la autorización judicial del artículo 29, por lo que puede señalarse que no están en condiciones de ser árbitros.

Un párrafo aparte merece el caso de quien obtiene el título de abogado, adquiriendo con ello los derechos adherentes a su profesión. En efecto, pese a que puede no ser mayor de edad, Caivano²¹⁹ se pronuncia por la viabilidad de esta alternativa y señala que la capacidad y versación que otorga la habilitación para ejercer la profesión de abogado, de referirse especialmente a una materia de evidente contenido jurídico como la de resolver un litigio, permiten suplir la exigencia legal. De todas formas, esta opinión parece más un caso de "biblioteca", pues hoy en día resultaría totalmente improbable que una persona menor de 18 años se recibiera de abogado en atención al curso normal de formación de la carrera universitaria.

Desde otro costado, no cabe ninguna duda de que hay una cuestión que el artículo no toca, y es el régimen de incompatibilidades que tienen los jueces ordinarios, como el ejercicio del comercio, o de actividad política, y el mismo ejercicio de la profesión.

En este aspecto, cabe preguntarse si dichas incompatibilidades se trasladan a los árbitros, aspecto altamente complejo.

En efecto, la persona del árbitro normalmente debe tener una especial versación en las materias puestas a su conocimiento y, por ello, en el caso de los árbitros institucionales, las incompatibilidades surgirán del reglamento que aprueba la propia entidad, pero que rara vez afectan el ejercicio profesional y están más enderezadas a evitar la existencia de interés contrario en el tema concreto.

En el arbitraje *ad hoc* debe pensarse en la independencia del árbitro para el caso concreto, pero ello no implica una incompatibilidad genérica a la manera de los jueces ordinarios.

De tal modo, los actuales códigos de rito tienen soluciones diferentes en orden a la posibilidad de que un juez ordinario sea designado como árbitro.

Así, el CPCCN y el de Buenos Aires prohíben que el juez ordinario sea árbitro, pese a lo cual otros códigos, como los de Córdoba y Santa Fe, disponen que es lícito dar a los jueces el carácter de árbitros.

En síntesis, la norma sustantiva no trae ninguna incompatibilidad, y consecuentemente un elemental criterio de razonabilidad permite se-

²¹⁹ CAIVANO, ob. cit., p. 194.

ñalar que lo relevante es asegurar la dignidad e independencia del árbitro frente al caso concreto, y ésta debe ser la lectura de la norma.

Es por ello que el mismo artículo autoriza a que las partes establezcan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia, justamente buscando las cualidades especiales de las personas que han de desempeñarse en caso de que sea necesario constituir el tribunal arbitral por la existencia de una controversia.

IV) Significado de la reforma

En este sentido, el nuevo Código mantiene el criterio de los códigos de rito, en el sentido de que la designación de los árbitros sólo puede caer en personas mayores de edad, y que estén en pleno ejercicio de los derechos civiles.

Así, debe quedar en claro que el requisito enunciado es el mínimo, y obviamente no cercena el derecho de las partes, a través del contrato de arbitraje o eventualmente de la entidad administradora, de agravar dichos recaudos imponiendo mayores exigencias que las que surgen del texto legal.

En todo supuesto, el espíritu de la convención será permitir la elección de las personas que reúnan las mejores condiciones para el cargo.

Art. 1661 *Nulidad.* Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.

I) Resumen

El precepto se explica por sí mismo, al establecer que la designación de los árbitros debe surgir de una convención, y que, por ende, una parte no puede estar en situación dominante que la habilite a designar los árbitros.

Éste es el motivo por el cual se excluye del sistema de arbitraje cuando existen contratos de adhesión o relaciones de consumo de por medio.

II) Concordancias

Abuso de posición dominante (art. 11); cláusulas abusivas (arts. 988 y 1117 a 1121). CPCCN, juicio arbitral, renuncia de recursos, aclaratoria, nulidad (art. 760); laudo nulo (art. 761). Ley de Defensa del Consumidor (art. 37).

III) Interpretación de la norma

En esta línea, cabe puntualizar que la regla es una derivación del artículo 11 del Código que prohíbe el abuso de la posición dominante en el mercado.

En este sentido, Falcón²²⁰ aclara que es una realidad que nunca va a figurar en un acuerdo arbitral una situación privilegiada pues se trata de una cuestión de hecho relacionada con el poder y el interés de los contratantes.

Además, cabe señalar que la norma guarda relación con las provisiones relativas a cláusulas abusivas que el Código específicamente prohíbe en materia de contratos por adhesión, en el artículo 988 y de contratos de consumo, en los artículos 1117 a 1121, esta última también prevista en el artículo 37 de la ley 24.240 –a pesar de la exclusión de la materia en cuanto al sometimiento a arbitraje–.

En definitiva, se busca que las partes de común acuerdo y en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, en situación de equilibrio, decidan someterse al arbitraje.

Art. 1662 *Obligaciones de los árbitros.* El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

- a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
- b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
- c) respetar la confidencialidad del procedimiento;

²²⁰ FALCÓN, ob. cit.

- d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
- e) participar personalmente de las audiencias;
- f) deliberar con los demás árbitros;
- g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

I) Resumen

El precepto legal ratifica el carácter convencional en que se incardina la nueva legislación al puntualizar que el árbitro que acepta el cargo "celebra un contrato con cada una de las partes".

De tal modo, el poder jurisdiccional se deriva de la convención reglada por quienes se someten al arbitraje, pese a lo cual el artículo impone una serie de obligaciones legales para asegurar la idoneidad y eficacia de la labor.

En el primer inciso se asegura que los árbitros deben actuar con "independencia e imparcialidad", pues se obliga a éstos a poner en conocimiento de las partes cualquier circunstancia que sea previa o posterior a la aceptación, que lo coloque en la imposibilidad de asegurar aquellas características en su actuación.

En segundo lugar, se establece la obligación de permanecer en el tribunal arbitral durante todo el proceso, dejando a salvo la existencia de un impedimento o causa legítima de renuncia.

Un punto dirimente lo constituye la manda de respetar la confidencialidad en atención a que la controversia, si bien de carácter patrimonial, permite a los árbitros conocer diversos aspectos de la operatoria empresarial que sólo interesan a las partes y, por ende, deben quedar reservados en su conocimiento.

Los incisos cuarto y quinto están íntimamente relacionados pues señalan que los árbitros deben participar personalmente en las audiencias, y deliberar entre ellos. Dicho derechamente, se asegura el contacto per-

sonal del árbitro con las partes, y en las diversas audiencias del procedimiento, para lograr un adecuado conocimiento de la controversia.

Además, es propio de la función que si se está frente a un tribunal, los árbitros tengan que deliberar entre ellos para garantizar el adecuado estudio de la cuestión y así poder dictar un laudo debidamente fundado.

Por último, la norma concluye con la obligación fundamental de los árbitros, cual es: dictar el laudo debidamente fundado y en el plazo establecido, de manera similar a los jueces ordinarios cuando dictan sentencia.

A mayor abundamiento, la norma concluye expresando que se debe garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, todo lo cual pone de relieve que se está frente a un "proceso" jurisdiccional, aun cuando no sea estatal.

II) Concordancias

Incapacidad e inhabilidad para contratar, inhabilidades especiales (art. 1002). CPCCN, juicio arbitral, aceptación del cargo (art. 744); desempeño de los árbitros (art. 745).

III) Interpretación de la norma

Tal como se sigue del análisis complejo del artículo se advierte que el arbitraje implica la articulación de un proceso jurisdiccional ejercido por particulares que no integran los órganos del Estado.

De tal modo, cabe reiterar lo puntualizado supra de que los árbitros no son funcionarios públicos, ni forman parte del Poder Judicial, pero que su función es similar y equivalente a la función de los jueces, pues "dicen el derecho en un caso concreto o aplican las reglas de la equidad para solucionar una controversia".

En esta inteligencia, Caivano²²¹ sostiene que es esa labor jurisdiccional la que impone las cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterio frente a las partes, y su finalidad es apuntalar la confiabilidad y eficacia del sistema arbitral, garantizando ciertos principios elementales, inherentes a toda actividad jurisdiccional.

²²¹ CAIVANO, ob. cit., p. 172.

En este sentido, el autor citado entiende que del Código de Ética para Árbitros de la American Arbitration Association se siguen una serie de reglas que deben considerarse implícitas en la labor de aquéllos. Así, entre otras, cabe destacar que las personas a quienes se propone como árbitro aceptarán la designación sólo si ellas consideran que pueden dirigir el arbitraje con celeridad y justicia.

En esta línea, aparece la obligación de verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir algún interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y de allí la exigencia de la norma de hacerla conocer a las partes.

De igual modo, los árbitros, durante toda su actuación, deben evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, y que pueda hacer dudar de su neutralidad o pensar que exista predilección hacia alguna de las partes.

La medida de la autoridad de los árbitros está marcada por lo que las partes han delegado en ellos, y por el objeto de la controversia, lo que encuadra las facultades del tribunal arbitral.

Asimismo, resulta evidente que el procedimiento empleado debe ser equilibrado y cuidando dar a cada parte la posibilidad de expresarse y argumentar su defensa, por lo que no cabe duda de que subyace lo que en la jurisdicción ordinaria se denomina el "debido proceso legal" como garantía de toda resolución jurisdiccional, sea estatal o arbitral.

En esta misma dirección se endereza la obligación de mantener la confidencialidad de los asuntos y de las decisiones, lo que implica la prohibición de usar la información obtenida para fines diversos de la resolución del conflicto.

Así, puede concluirse que los árbitros en general, incluidos los designados por una parte, son las personas a quienes los particulares de común acuerdo les confían la tarea de decidir un conflicto, y, consecuentemente, su misión es hacer justicia resolviendo dicha contienda mediante la aplicación del derecho, en el caso de los árbitros *iuris*, o a través de su sano criterio de equidad, cuando se trate de amigables compondores.

IV) Significado de la reforma

De todo lo dicho se sigue que el artículo 1662 del nuevo ordenamiento se limita a incorporar los principios y reglas que ya estaban reconocidos en otros ordenamientos sobre los presupuestos y obligaciones de los árbitros a fin de lograr el objetivo de dictar un laudo fundado que, por la confianza, versación e imparcialidad, dote a dicha pieza de una fuerza de convicción que haga innecesario recurrir a los jueces ordinarios en busca de su ejecución.

En esta línea, Falcón²²² señala que las obligaciones mencionadas constituyen principios constitucionales cuya inclusión es sobreabundante ya que la violación de cualquiera de ellos da lugar a la nulidad del procedimiento y del laudo.

En una palabra, la actuación arbitral tiene como objetivo que la resolución final de la controversia sea cumplida voluntariamente por las partes que del mismo modo se sometieron a este método alternativo de resolución de conflictos.

Art. 1663 *Recusación de los árbitros.* Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

I) Resumen

El artículo regla un aspecto estrictamente procesal, que tiende a asegurar la imparcialidad de los árbitros, y de allí que haya que recurrir a los códigos de rito de la sede del arbitraje para conocer cuáles son las causales de recusación.

Así, establece que la incidencia cuando el arbitraje es institucional es resuelta por la entidad administradora, y en caso del sistema *ad hoc*, por el tribunal judicial, y habilita a las partes a acordar que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

²²² FALCÓN, ob. cit.

II) Concordancias

CPCCN, juicio arbitral, recusación (art. 746); trámite de la recusación (art. 747); juicio de amigables componedores, recusaciones (art. 768).

III) Interpretación de la norma

Tal como enseña la doctrina al constituir la independencia de los árbitros una garantía para la idoneidad del órgano, al igual que en caso de los jueces estatales, el artículo recepta la posibilidad de la recusación de una norma de rito procesal.

En efecto, queda expresa la remisión a la normativa local de la sede donde se desarrolle el arbitraje a fin de determinar las causales de recusación.

En el caso del arbitraje institucional, en la mayoría de los casos estas causales estarán comprendidas en la reglamentación de la propia entidad administradora a la que se han sometido las partes, por lo que se evitará el recurso a los códigos de rito.

Por el contrario, en el caso de los tribunales *ad hoc* será preciso recurrir a la normativa del rito local que instituye un procedimiento mediante el cual los interesados pueden apartar del conocimiento de la causa al árbitro sospechado, permitiendo la alegación de la causal.

Va de suyo que por el tipo de compromiso que implica el sometimiento del arbitraje, no es viable la recusación sin causa y sólo será factible ejercer esta facultad cuando pueda aducirse una causal expresamente individualizada en la normativa que correspondía aplicar.

En esta línea, corresponde puntualizar que la recusación suspende el procedimiento de la causa, pues el proceso no puede seguir hasta que no esté integrado el tribunal arbitral, y de allí la necesidad de establecer quiénes juzgarán la configuración o no de la causal invocada.

Art. 1664 *Retribución de los árbitros.* Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si

no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

D) Resumen

El artículo establece como norma fundamental que las partes pueden acordar con los árbitros los honorarios de éstos o el modo de determinarlos.

De tal manera, rige en este aspecto la autonomía de la voluntad para poder establecer los honorarios de los árbitros.

Finalmente, el precepto estipula que si las partes no realizaron la previsión, la regulación queda a cargo del tribunal judicial, de acuerdo a las reglas locales de aplicación y a la actividad extrajudicial de los abogados.

II) Concordancias

Contrato de arbitraje, cláusulas facultativas (art. 1658). CPCCN, juicio arbitral, responsabilidad de los árbitros (art. 756); juicio de amigables componedores, costas, honorarios (art. 772).

III) Interpretación de la norma

Desde esta perspectiva, Caivano²²³ señala que el arbitraje parece un sistema oneroso pues no existe la infraestructura del Estado que sustenta la justicia, y, en consecuencia, serán las partes las que deban afrontar los gastos del proceso y los honorarios de los árbitros. Sin embargo, el autor afirma que la situación se compensa con los beneficios que el arbitraje otorga a las partes, en cuanto a celeridad, sencillez e informalidad, todo lo cual también incide en el costo final.

El autor cita un fallo de la CSJN²²⁴ donde ya en 1997 se pronunció por que los honorarios de los árbitros no debían ser excesivos al punto tal de frustrar el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos.

²²³ CAIVANO, ob. cit., p. 262.

²²⁴ CSJN, 11-11-97, "Yacimientos Carboníferos Fiscales", E. D. 178-59.

En el ámbito nacional, salvo convención de partes, rige la ley 21.839 y según sea la sede del arbitraje deberá aplicarse la norma arancelaria que corresponda, según lo establece la nueva ley.

Falcón²²⁵ observa el precepto al señalar que no se entiende por qué tiene que hacerse una referencia a la actividad extrajudicial de los abogados, si la actividad de los árbitros es en un proceso, y de carácter similar a la que realiza un juez.

La ley 21.839 establece en el artículo 18 que en los procesos arbitrales y contravencionales se aplicarán los artículos precedentes, y los siguientes en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de dichos procesos.

En esta inteligencia, cabe señalar que la ley arancelaria nacional establece que los honorarios de los abogados deben tener en cuenta el monto del asunto o proceso, su naturaleza y complejidad, el resultado que se hubiese obtenido, el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo, como así también la trascendencia jurídica y económica del asunto.

De igual modo, en los artículos 6º y 7º también se señala la escala que debe aplicarse en la regulación de honorarios, todas normas aplicables por expreso reenvío del ya citado artículo 18 en materia arbitral.

Art. 1665 *Extinción de la competencia de los árbitros. La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.*

I) Resumen

La última norma relativa al arbitraje define la extinción de la competencia de los árbitros al momento en que dictan el laudo definitivo, salvo para el caso de resoluciones aclaratorias o complementarias de

²²⁵ FALCÓN, ob. cit.

éste, según lo estipulado por las partes o las reglas de derecho de la sede en que el arbitraje tiene lugar.

II) Concordancias

Contrato de arbitraje, efectos (art. 1656); nulidad (art. 1661); obligaciones de los árbitros (art. 1662).

III) Interpretación de la norma

Este último artículo es una nota de neto corte procesal, pues se limita a señalar que una vez dictado el laudo cesa la competencia de los árbitros.

Va de suyo que deja a salvo el caso de resoluciones aclaratorias o complementarias, pero resulta notable que, habiendo regulado una serie de aspectos procesales, nada se diga respecto del contenido o requisitos del laudo, aspecto que resulta fundamental para articular cualquier alternativa recursiva en caso de que las partes entiendan que se configura una nulidad total o parcial, o que se han afectado garantías constitucionales.

Adviértase que el artículo 1656 del Código al hablar del efecto del laudo arbitral puntualmente señala que éstos pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y territorio cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial, y se agrega que en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la facultad de impugnar judicialmente el decisorio arbitral cuando fuere contrario al ordenamiento jurídico.

Dicho de otro modo, la norma se limita a hablar de la extinción de la competencia, aspecto que debe partir de la comprensión de que el laudo pone fin al litigio, pero tiene fuerza vinculante y es obligatorio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes habían sometido.

En una palabra, el laudo es la forma en que los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal, y su emisión implica dejar agotado su cometido y su jurisdicción, lo que importa otra diferencia importante entre atribuciones de árbitros y jueces, tal como se señaló supra.

No cabe duda alguna de que el laudo arbitral debe pronunciarse sobre todas las cuestiones que las partes sometieron al juicio de los árbitros, y, obviamente, esto hace al principio de plenitud del pronunciamiento, pero también al límite del ejercicio de la potestad arbitral en orden a los extremos de la litis.

Así, el laudo debe recaer sobre el objeto de la litis puesta a conocimiento de los árbitros preservando el límite de su jurisdicción y evitando que por extensión pueda ampliarse indebidamente a cuestiones que no le han sido sometidas.

En este sentido, la doctrina²²⁶ recuerda que los códigos de rito prevén como causales de nulidad de los laudos el haberse pronunciado sobre puntos no comprometidos, y en estos casos la nulidad será total o parcial si el pronunciamiento fuera divisible.

En la misma línea, también se ha dicho que la fundamentación de los laudos es imprescindible y que las diferencias entre el arbitraje de derecho y el de amigables compondores se sigue de la sujeción al ordenamiento jurídico o las reglas de la equidad, respectivamente.

En definitiva, el laudo arbitral debe respetar no solamente las reglas de la sana crítica racional, sino que, al igual que una sentencia judicial, también deberá contener decisión expresa con arreglo a la acción deducida, declarando el derecho de las partes, y dictando resolución fundada, como así también el correspondiente pronunciamiento sobre costas, sin perjuicio de que no podrán regular sus propios honorarios.

El laudo también debe contener una relación de la causa, describiendo los hechos alegados y configurando la controversia sometida a su conocimiento a fin de respetar el principio de congruencia, sea que se trate de árbitros de derecho o de amigables compondores.

En síntesis, tal como señala Falcón con precisión la extinción de la competencia de los árbitros no sólo es una cuestión procesal, sino que está reglada específicamente en los códigos procesales para los jueces, y alcanza a los árbitros, tal como lo establece el artículo 176 del CPCCN.

²²⁶ CAIVANO, ob. cit., p. 251.

CAPÍTULO 30

CONTRATO DE FIDEICOMISO²²⁷

Introducción. El fideicomiso en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

“La propuesta se basa en el texto del Proyecto de 1998, el que siguió a la ley 24.441. El Proyecto de 1998 propuso la incorporación de la figura al Código unificado, sistematizó las normas de la ley y propuso la modificación de algunos aspectos que a la fecha de su redacción la doctrina había marcado como necesarios.

“El régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación.

“Por ello proponemos mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendemos deben ser realizados, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcan como necesarios, a saber:

“Se aclara que las universalidades pueden ser objeto del fideicomiso, sin perjuicio de la persistencia de la prohibición respecto a herencias futuras.

“Se determina que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención de que debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes.

“Se aclaran las facultades del fiduciario y la situación del beneficiario, si el fideicomiso se constituye con fines de garantía.

²²⁷ En general, sobre la materia: LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. III, p. 293; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, t. 5, *Parte especial* (4), Zavalfa, Buenos Aires, 1995; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009; MÁRQUEZ, José Fernando, *Fideicomiso. La Ley*, Buenos Aires, 2008; HIGHTON, Elena; MOSSET ITURRASPE, Jorge; PAOLANTONIO, Martín E. y RIVERA, Julio César, *Reformas al Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

CONTRATOS EN PARTICULAR

"Se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial.

"Se determina la responsabilidad personal del fiduciario, si resultara de los principios generales de la responsabilidad civil.

"Se deslinda que se pueden incorporar limitaciones contractuales a las facultades del fiduciario y sus efectos con respecto a terceros contratantes con el fideicomiso.

"Se aclaran las normas del dominio imperfecto y sus efectos".

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1666 Definición. Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

I) Resumen

El Capítulo 30 del Título IV, dedicado a los contratos en particular dentro del Libro Tercero, que reglamenta los derechos personales, regula la figura del fideicomiso desde un modelo contractual, pues es el contrato su principal fuente de creación (aunque también puede constituirse por testamento o decisión legislativa). Por el contrato de fideicomiso, una parte, llamada fiduciante, trasmite la propiedad fiduciaria a otra parte, denominada fiduciario, a fin de que cumpla con la gestión encomendada en el instrumento, a favor del fiduciante o un tercero, llamado beneficiario, y con la obligación de transferir los bienes remanentes a otra parte, denominada fideicomisario, al cumplirse el plazo fijado o la condición resolutoria previstos en el contrato.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); plazo, condición (art. 1668); beneficiario (art. 1671); fideicomisario (art. 1672); fiduciario (art. 1673).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La regulación del fideicomiso en el Código: una mejor ordenación de la materia*

El Capítulo 30 del Título IV del Código regula el contrato de fideicomiso, principal fuente de creación del patrimonio fiduciario, llamado genéricamente fideicomiso. El fideicomiso también puede ser creado por testamento, fuente a la cual el Código dedica una sección, o por decisión legislativa, en aquellos casos en que sea el Estado quien transmita los bienes que conformarán el patrimonio.

El fideicomiso fue incorporado a la legislación argentina a través de la ley 24.441 en el año 1995. El articulado del Código tiene sus antecedentes en dicha ley, pero mejora su orden, siguiendo en este aspecto al Proyecto de Código Civil de 1998.

El contrato de fideicomiso, y el fideicomiso, se regulan ahora en los Capítulos 30 y 31 del Título IV (*Contratos en particular*), del Libro Tercero (*Derechos personales*). El Capítulo 30 (*Contrato de fideicomiso*) consta de ocho secciones: Sección 1ª, *Disposiciones generales*; Sección 2ª, *Sujetos*; Sección 3ª, *Efectos*; Sección 4ª, *Fideicomiso financiero*; Sección 5ª, *Certificados de participación y títulos de deuda*; Sección 6ª, *Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación*; Sección 7ª, *Extinción del fideicomiso*; Sección 8ª, *Fideicomiso testamentario*. El Capítulo 31 (*Dominio fiduciario*) no está dividido en secciones.

La disposición de las normas sobre la figura en el Código le otorga un orden del que carecía en la ley, lo que redundó en un mejor acceso a sus soluciones.

III.2) *Definición del contrato de fideicomiso*

El Código adopta una definición generalmente aceptada por los ordenamientos latinoamericanos, que son fuente de la legislación argentina. Destaca que existen cuatro partes en el negocio: el fiduciante, que es la parte que constituye el fideicomiso, transmite los bienes sobre los cuales tiene facultades de disposición y determina cuáles son los fines a los cuales será destinada la gestión; el fiduciario, a

quien se transmiten los bienes, bajo un régimen especial que regula sus facultades, la parte responsable de cumplir el encargo; el beneficiario, la parte que obtendrá los frutos mientras dure el fideicomiso, y el fideicomisario, la parte que tiene derecho a recibir el remanente al extinguirse el fideicomiso, que se constituye de este modo en un beneficiario residual.

El fideicomiso queda sujeto necesariamente al vencimiento de un plazo, que no puede exceder de 30 años o a la muerte del incapaz beneficiario, o al cumplimiento de una condición.

El Código mejora la redacción de la ley 24.441 al aclarar que por el contrato de fideicomiso el fiduciante entrega o se obliga a entregar los bienes. En vigencia de aquella norma, se discutió si el contrato de fideicomiso era un contrato real, pues la definición se refería a la entrega de los bienes por parte del fiduciante. Esta cuestión ha quedado zanjada con la definición aportada.

III.3) *Los fines perseguidos con la constitución del fideicomiso*

El Código no define los fines que se pueden perseguir a través de la constitución del fideicomiso. Cualquier delimitación a los propósitos devendría en una irrazonable limitación, pues a través de la constitución del fideicomiso se pueden perseguir los más diversos fines, altruistas o egoístas.

Así, se categoriza, de manera siempre provisoria y con objetos sólo didácticos, a los fideicomisos según los fines perseguidos en fideicomisos de administración o de inversión, según el fiduciario se deba limitar a gestionar los bienes sin obligación de generar utilidades o contraiga la obligación de obtener ganancias, y fideicomiso de garantía, cuando la transmisión de los bienes se dirige a garantizar deudas propias del fiduciante o de terceros. Si el fin es altruista, se distingue a los fideicomisos con fines benéficos, cuando el fiduciante no obtendrá ningún beneficio económico, sino que éste redundará en personas que realizan actividades de bien público o en situaciones de desprotección.

En definitiva, la figura otorga una amplia posibilidad de perseguir distintos fines lícitos, lo que la hace versátil y flexible para organizar los más diversos negocios.

IV) Significado de la reforma

El Código ordena de manera correcta y eficiente el articulado referido al fideicomiso, lo que hace más comprensible la figura. La redacción del artículo que la define aclara que se trata de un contrato consensual, salvando el problema interpretativo que planteaba la redacción del artículo 1° de la ley 24.441.

Art. 1667 Contenido. El contrato debe contener:

- a) la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes;
- b) la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso;
- c) el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria;
- d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671;
- e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672;
- f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

I) Resumen

El artículo 1667 del Código regla las cláusulas que debe contener el contrato de fideicomiso, sin perjuicio de las que pueden incluir las partes de acuerdo a los fines que se persigan y los pactos que se formalicen, sin perjuicio de que otras cláusulas necesarias se infieren del resto del articulado.

II) Concordancias

Objeto (art. 1670); forma (art. 1669); registración, bienes incorporados (art. 1684); plazo, condición (art. 1668); beneficiario (art. 1671); fideicomisario (art. 1672); pauta de actuación, solidaridad (art. 1674);

dispensas prohibidas (art. 1676); reembolso de gastos, retribución (art. 1677); cese del fiduciario (art. 1678); sustitución del fiduciario (art. 1679).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1667 impone ciertos contenidos mínimos que deberá contener el instrumento ~~constitutivo~~, a saber:

III.1) *La individualización de los bienes objeto del contrato (incis. a y b)*

Los bienes que se transmitan al fideicomiso pueden ser cosas o derechos, actuales o futuras, propias o ajenas, individuales o universalidades. Durante la vigencia de la ley 24.441 la doctrina mayoritaria entendía que sólo estaba permitida la constitución de fideicomisos singulares, fundada en la alocución incluida en el artículo 1° de la ley, el que expresaba que el fiduciante, a través del contrato de fideicomiso, transmite bienes determinados. Otra postura, que compartimos, propugnó una interpretación amplia, permitiendo los fideicomisos sobre universalidades. Esta cuestión es zanjada mediante la previsión expresa del artículo 1670, admitiendo en forma expresa a las universalidades como objeto del fideicomiso.

El inciso b, indica que el contrato deberá contener la manera de individualizar los nuevos bienes que se incorporarán al patrimonio fideicomitado. Este contenido deberá existir sólo si el contrato previera la posibilidad de incorporación de bienes distintos a los que forman el patrimonio cuando se lo constituye.

III.2) *Las modalidades del fideicomiso*

El inciso c, del artículo exige que en el contrato se determine el plazo o la condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria. Si no existieren estos datos no estaríamos en presencia de un fideicomiso, pues es esencial a la figura que la propiedad fiduciaria esté sujeta a una modalidad (plazo o condición).

El Código fija el plazo de 30 años como el máximo de duración del fideicomiso, salvo que el beneficiario fuere una persona incapaz

o con capacidad restringida; en estos supuestos el fideicomiso podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad, hipótesis ésta que se aplicará cuando la incapacidad del beneficiario dure más de 30 años.

El plazo debe contarse desde la celebración del contrato.

Si se fijara un plazo mayor, éste quedará reducido a 30 años (art. 1668 del Código).

A igual solución debe arribarse si el fideicomiso está sujeto a una condición. Si vencidos los 30 años la condición no se cumplió, debe tenerse por cumplida y la propiedad revertirá en el destinatario final designado en el contrato.

III.3) *La designación del beneficiario*

El artículo 4° de la ley 24.441, fuente del artículo en análisis, no enumeraba a la identificación del beneficiario como contenido del contrato. El requisito surgía de los artículos 1° y 2° de la ley. El Código, con mejor técnica, agrega un inciso, el literal d, que ordena que en el contrato se debe designar al beneficiario, o determinar las reglas para su designación en los términos del artículo 1671.

III.4) *El destino final de los bienes*

El inciso e, impone que en el contrato se determine el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, esto es la designación del fideicomisario, o la manera en que se lo individualizará, en los términos del artículo 1672.

III.5) *Derechos y obligaciones del fiduciario, y el modo de sustitución*

El inciso f, requiere que el contrato fije los derechos y obligaciones del fiduciario y si cesare, el modo de sustituirlo.

Ésta es la cuestión medular del contrato, pues las facultades y deberes pactados con el fiduciario delinearán la vida del fideicomiso. Es de buena técnica fijar, con el mayor detalle posible, cómo deberá llevar a cabo el fiduciario su gestión, fijando los límites a su actuación según el fin perseguido.

El Código fija ciertas reglas que son constitutivas del negocio, como la obligación del fiduciario de ejercer la propiedad en beneficio de otro (art. 1666); la obligación de rendir cuentas, el deber de responder por culpa o dolo, propios o de sus dependientes, en el cumplimiento de sus deberes, y la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos, sin posibilidad de pactar en contrario (art. 1676), y supletorias, por ejemplo, el derecho al reembolso de gastos o cobro de remuneración, salvo pacto en contrario (art. 1677).

El modo de sustitución del fiduciario, para el caso de su cese en la función, debe estar regulado en el instrumento constitutivo. Sin embargo, también en este caso el propio Código determina las reglas subsidiarias ante la ausencia de previsión (art. 1679).

IV) Significado de la reforma

La determinación del contenido del contrato constituye el núcleo del contrato de fideicomiso, al tratarse de un tipo dirigido a cumplir diversas finalidades y, por ello, abierto a la convención de cláusulas plurales. El artículo 1667 fija los contenidos mínimos del contrato. Incorpora, mejorando la técnica de la ley 24.441, la necesidad de individualizar al beneficiario, o la manera de designarlo, extremo ausente en el artículo 4° de la ley, fuente del artículo.

Art. 1668 Plazo. Condición. El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.

Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto.

Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

I) Resumen

La duración limitada del fideicomiso constituye una característica esencial de la figura. La transmisión de los bienes al fiduciario se realiza siempre por un tiempo, el que puede estar determinado por un plazo o por una condición. El término máximo es de 30 años, salvo que los beneficios se convengan a favor de personas incapaces o con capacidad restringida, supuesto en el cual el término se puede extender hasta el cese de la incapacidad. Al cumplirse el término, los bienes deben transmitirse al fideicomisario, el que será, a falta de estipulación expresa, el fiduciante.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); fideicomisario (art. 1672).

III) Interpretación de la norma

III.1) Duración máxima

La duración limitada del fideicomiso constituye una característica esencial de la figura. La transmisión de los bienes al fiduciario se realiza siempre por un tiempo, el que puede estar determinado por un plazo o por una condición.

El término máximo es de 30 años, salvo que los beneficios se convengan a favor de personas incapaces o con capacidad restringida, supuesto en el cual el término se puede extender hasta el cese de la incapacidad. Al cumplirse el término, los bienes deben transmitirse al fideicomisario, el que será, a falta de estipulación expresa, el fiduciante.

El término del fideicomiso puede fijarse a través de la fijación de un plazo, cuyo máximo es de 30 años, o al cumplimiento de una condición resolutoria. Si la condición no se cumple dentro del plazo de 30 años, debe considerarse cumplida en este tiempo.

El Código aclara que si se pacta un plazo mayor, se reduce a 30 años, previsión que no existía en la ley 24.441.

III.2) *Excepción a la duración máxima: beneficiarios incapaces o con capacidad restringida*

La excepción a la duración máxima fijada es que los beneficios de la gestión recaigan en personas incapaces o con capacidad restringida, supuesto en el cual la duración se extiende hasta su muerte. Si la muerte del incapaz se produce antes de los 30 años de vigencia del fideicomiso, sus derechos se transmitirán a sus herederos, salvo convención en contrario (art. 1671 del Código).

III.3) *Cómputo del plazo*

El Código declara que el plazo comenzará a correr desde la celebración del contrato. Durante la vigencia de la ley 24.441 se propuso que el plazo sólo corría desde la transferencia de los bienes, pues el artículo 4º, literal c, disponía que se contaba desde su constitución.

Queda concluida la discusión con la aclaración.

III.4) *Entrega al fideicomisario*

Finalizado el fideicomiso, el fiduciario debe transferir los bienes al fideicomisario designado en el contrato (quien se constituye en beneficiario final). Si nada se ha pactado, el fideicomisario es el fiduciante.

IV) *Significado de la reforma*

El Código ha mantenido el plazo máximo de duración del fideicomiso y su excepción a favor de incapaces, adaptada a la regulación en esta materia.

Aclara el inicio del plazo de duración, la reducción del plazo al máximo legal si se hubiere pactado uno mayor, la obligación de transferencia por parte del fiduciario a la finalización, aspectos todos que, ante distintas interpretaciones, era necesario deslindar.

Art. 1669 *Forma.* El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmi-

sión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

D) *Resumen*

El contrato de fideicomiso puede celebrarse por instrumento público o privado, según lo convengan las partes, y debe inscribirse en el Registro Público. Cuando el fiduciante se obligue a transmitir bienes que impongan la celebración de instrumento público, deberá cumplirse con esta formalidad, la que no se impone como forma solemne, lo que implica que, ante el incumplimiento de otorgarlo, lo podrá realizar el juez en sustitución de las partes. Si la transferencia de bienes que impongan instrumento público se realiza después de celebrado el contrato, se deberá transcribir en el instrumento el contrato de fideicomiso.

II) *Concordancias*

Contratos formales (art. 969); libertad de formas (art. 1015); escritura pública (art. 1017); otorgamiento pendiente del instrumento (art. 1018); propiedad fiduciaria (art. 1682); efectos frente a terceros (art. 1683).

III) *Interpretación de la norma*

III.1) *Libertad de formas*

El Código deja abierta a la voluntad de las partes la forma a utilizar para la constitución contractual del fideicomiso, por instrumento público o privado (aplicación de los arts. 284 y 1015 del Código). Se mantiene de esta forma el principio que contenía la ley 24.441, cuya aplicación no generó problemas.

III.2) *Inscripción en el Registro Público*

El Código impone la inscripción del contrato en el Registro Público.

Parte de la doctrina había manifestado la necesidad de inscripción²²⁸; otros consideran que este requisito atentaría contra la simplicidad y dinámica de la figura. La Legislatura agregó la necesidad de inscripción, la que no estaba en el Anteproyecto, ni en el Proyecto elevado por el Ejecutivo.

La norma no determina en qué registro se deberá inscribir el contrato, mas se entiende que se refiere al Registro Público de Comercio de cada jurisdicción, y según las normas que en cada caso se dicten.

Tampoco determina cuál es el efecto que tiene la registración requerida. Kiper y Lisoprawski²²⁹ recuerdan que existen dos modelos: el francés, constitutivo, y el uruguayo, declarativo y con fines de oponibilidad a terceros, pronunciándose por que el régimen argentino debe ser interpretado de acuerdo a este último sistema. La reglamentación determinará los datos a incorporar al Registro y alcances de la inscripción.

III.3) *Transferencia de bienes que requieren instrumento público*

Si en el acto de celebración del contrato el fiduciante transfiere bienes que impongan el otorgamiento de instrumento público, ésta será la forma a llenar (art. 1017). Sin embargo, el Código prevé que si se formalizara el contrato por instrumento privado, aun conteniendo la obligación de transferir bienes cuya transferencia requiera instrumento público, el contrato no es nulo, sino que impone la obligación de otorgar el instrumento, la que podrá ser cumplida por el juez en defecto de cumplimiento de las partes (aplicación del art. 1018).

III.4) *Incorporación al fideicomiso de bienes cuya transferencia requiere instrumento público*

El contrato de fideicomiso puede prever la incorporación de nuevos bienes al patrimonio fiduciario, o ser ésta consecuencia del propio

²²⁸ Por la registración de los contratos de fideicomiso se pronunciaron: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Aspectos registrales del fideicomiso (ley 24.441)*, en J. A. 1995-III-725.

²²⁹ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Registración del contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial. Una novedad. Efectos*, en L. L. del 11-11-2014, p. 1.

giro del negocio instrumentado (principio de subrogación real). En este caso, cada nueva incorporación implicará que se deberá otorgar el instrumento público de transferencia. Hasta la sanción del Código, era habitual que en dicho instrumento no se incluyera el texto del contrato de fideicomiso, sino que se hiciera sólo referencia al mismo.

El Código dispone que en cada instrumento de transferencia sea necesario transcribir el contrato de fideicomiso. Esta formalidad dará mayor transparencia y eficacia al fideicomiso, pues quienes contraten sobre dichos bienes estarán anoticiados de las cláusulas que rigen la actuación del fiduciario, sus facultades y deberes.

IV) Significado de la reforma

El Código determina que la falta de otorgamiento del instrumento público en caso de obligación de transferencia al fideicomiso de bienes que lo impongan no genera la nulidad del acto, sino que causa una obligación de otorgar el instrumento, el que podrá ser otorgado por el juez, en los términos que dispone el Código en el artículo 1018.

Impone también la obligación de transcripción del contrato de fideicomiso en el instrumento que documente cada nueva transferencia de bienes.

Ambas novedades otorgan mayor transparencia y eficacia a la figura.

Art. 1670 *Objeto.* Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

D) Resumen

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes, materiales o inmateriales, presentes o futuros, propios o ajenos, singulares o universalidades, sujeta la transferencia, en cada caso, a las reglas que los rigen. Se aclara que las universalidades también pueden ser objeto del fideicomiso y subsiste la prohibición de que a través del fideicomiso se pacte sobre herencias futuras.

II) Concordancias

Herencia futura (art. 1010); cesión de derechos, efectos respecto de terceros (art. 1620); bienes y cosas (art. 16); objeto del contrato, bienes (arts. 1007, 1008, 1009).

III) Interpretación de la norma

III.1) Bienes que pueden transferirse al fideicomiso

El patrimonio fideicomitido puede estar constituido por toda clase de bienes que estén en el comercio. El código de Vélez cuando regulaba el fideicomiso sólo preveía al dominio fiduciario, es decir a la propiedad fiduciaria sobre cosas. La ley 24.441 amplió el objeto del fideicomiso a bienes que no son cosas, solución que subsiste en el Código.

Los bienes, expresa la norma, deben estar en el comercio. Están fuera del comercio aquellos cuya transmisión estuviere expresamente prohibida por la ley o por actos jurídicos, en cuanto el Código permita tales prohibiciones (art. 234 del Código).

Pueden ser objeto del fideicomiso bienes materiales (cosas) e inmateriales (art. 16); existentes o futuros, cuya transferencia quedará subordinada a la condición de que lleguen a existir (art. 1007); propios o ajenos, regulándose dicha transferencia por lo dispuesto en el artículo 1008; litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares (art. 1009).

III.2) Requisitos para la transferencia

La transferencia al fiduciario se perfeccionará con el cumplimiento de los requisitos que en cada caso correspondan, según la naturaleza de los bienes.

Si se trata de cosas, serán necesarios el título (por lo general un contrato) y la tradición; no basta con la mera declaración de aceptación del fiduciario²³⁰. Si se transfieren cosas registrables (inmuebles, auto-

²³⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Contrato de fideicomiso*, en *Revista del Notariado*, Número Extraordinario, Buenos Aires, 1995, p. 60.

motores, aviones, buques, acciones, etc.), deberá cumplirse con las inscripciones, con efectos declarativos o constitutivos²³¹.

Si el contrato tiene efectos traslativos, como el caso de transferencia de créditos (art. 1620. a contrario), con el título se formalizará el traspaso.

En cuanto a las formalidades del título, las hemos repasado al analizar el artículo 1669.

III.3) Universalidades

Durante la vigencia de la ley 24.441 se discutió si las universalidades podían ser objeto del fideicomiso. Una parte de la doctrina opinaba que no era posible, pues el artículo 1º expresaba que el fiduciante debía transferir bienes determinados, característica que no presentan las universalidades. Se consideró que, en aplicación del artículo 1444 del código de Vélez, las universalidades podían ser transferidas al fideicomiso, agregándose que dicho código cuando regulaba el dominio fiduciario en el artículo 2662, luego de su reforma por la ley 24.441, suprimió la referencia que hacía la redacción original al fideicomiso singular, lo que denotaba la intención del legislador de suprimir esta limitación (Márquez).

El Código declara expresamente que las universalidades pueden ser transferidas en fideicomiso. Podrán transferirse entonces al patrimonio herencias ya diferidas o fondos de comercio, debiendo cumplirse con las debidas formalidades.

III.4) Subsistencia de la prohibición de transferir herencias futuras

La prohibición de contratos sobre herencias futuras subsiste en el Código, en el artículo 1010, con los alcances notoriamente renovados allí establecidos (ver L. V, p. 735).

El Código reafirma esta prohibición al regular el objeto del fideicomiso. El artículo 1010 otorga la posibilidad de pactar en relación a explotaciones productivas o participaciones societarias, con miras a la conservación de la gestión empresarial o a la prevención o solución

²³¹ V. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Aspectos registrales del fideicomiso (Ley 24.441)*, en J. A. 1995-III-725.

de conflictos, aun cuando estas convenciones se refieran a futuros derechos hereditarios y siempre que no se violen la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge o de terceros. Sin dudas que el fideicomiso será un vehículo eficiente para articular este tipo de convenios.

IV) Significado de la reforma

El Código reafirma la posibilidad de transferencia de todo tipo de bienes al patrimonio fiduciario, y aclara de *manera* expresa que las universalidades también pueden ser objeto del fideicomiso. El fideicomiso es un vehículo eficiente para aprovechar las posibilidades de convenir sobre ciertos derechos hereditarios, que abre el artículo 1010, con los límites en él fijados.

SECCIÓN 2ª

SUJETOS

Art. 1671 Beneficiario. El beneficiario puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.

Pueden designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.

Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes.

D) Resumen

El beneficiario es quien recibe los beneficios de la gestión fiduciaria durante la vigencia del fideicomiso. Puede ser cualquier persona, humana o jurídica, la que puede no existir al momento de la celebración del contrato; en este caso se deberá determinar cómo se lo individualizará. Cualquiera de las partes del negocio puede ser beneficiario. Pueden designarse beneficiarios plurales y convenirse el derecho de acrecer en caso de que alguno o todos no llegaren a acceder al beneficio. En defecto de existencia de beneficiario, se considera que tienen derechos a los beneficios el fideicomisario y, en última instancia, el fiduciante. El derecho del beneficiario es transmisible, salvo convención en contrario.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); aceptación del beneficiario y del fideicomisario (art. 1681).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El beneficiario*

El beneficiario es la persona, humana o jurídica, que recibe los frutos obtenidos con la gestión fiduciaria durante la vigencia del fideicomiso. No existen cortapisas para revestir este carácter: podrán serlo toda persona humana, capaz, incapaz o con capacidad restringida, la persona por nacer (sujeto el beneficio al nacimiento con vida -art. 21-), y cualquier persona jurídica, pública o privada.

III.2) *Designación de beneficiario*

La designación de beneficiario es requerida en varios artículos, por ejemplo, artículo 1666, que define al contrato: "...quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato..."; artículo 1667: "...El contrato debe contener [...] d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671..."; artículo 1671: "El beneficiario [...] puede existir

o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura”.

La omisión de este contenido, que exigía del mismo modo la ley 24.441, fue interpretada de manera diversa por la doctrina. Para una posición no existiría contrato válido, pues no se cumpliría con el mandato del artículo 2° de la ley (individualización del beneficiario); se decía que la solución supletoria prevista por el artículo 2°, tercer párrafo (que consideraba beneficiario al fideicomisario o al fiduciante), no era aplicable al supuesto de no designación de beneficiario, sino sólo a los casos previstos en la norma (no aceptación, renuncia o fin de la existencia)²³².

Por el contrario, consideramos que dicha interpretación es demasiado estricta, y que la provisión supletoria de beneficiario, prevista en el artículo 2° de la ley 24.441, ahora en el artículo 1671 del Código, debe también ser aplicada para el caso de no designación de beneficiario. La norma dispone que si el beneficiario o, en su caso, el o los sustitutos, no aceptaren, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Y si las mismas circunstancias se presentaren respecto al fideicomisario, el beneficiario será el fiduciante.

III.3) *Beneficiario a designar*

Es posible que la designación del beneficiario se difiera para un momento posterior a la celebración del contrato. En este caso el contrato deberá contener los elementos o procedimiento para su designación; así podrá designarse beneficiario, por ejemplo, a quien reúna ciertas características en un tiempo futuro (por ejemplo, los mejores promedios universitarios de la cohorte 2013 de la Facultad de Derecho, o todos los nietos, actuales o futuros, del fiduciante, o una fundación que se formará en el futuro para un fin benéfico, etc.). La designación puede quedar sujeta a la elección por un tercero.

²³² En este sentido MOISSET DE ESPANÉS, *Contrato de fideicomiso* cit., p. 69; también LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 786, quien califica como esencial a la cláusula de designación de beneficiario.

III.4) *Cualquier parte del negocio puede ser beneficiario*

Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario y el fideicomisario.

La novedad que incorpora el Código es la posibilidad de que el fiduciario también sea beneficiario. Se tratará este aspecto al analizar el artículo 1673.

III.5) *Pluralidad de beneficiarios*

El Código prevé la posibilidad de pluralidad de beneficiarios, los que, salvo disposición en contrario, concurren en forma igual. Se puede pactar que si alguno no acepta, muere, no llega a existir o deja de existir, se genere el derecho de acrecer a favor de los demás, o convenir que se designarán beneficiarios sustitutos.

III.6) *Falta de beneficiario*

Si ninguno de los beneficiarios acepta, o todos mueren, no llegan a existir o dejan de existir, el beneficiario es el fideicomisario. Si se presentan iguales circunstancias respecto al fideicomisario, el beneficiario es el fiduciante.

III.7) *Transmisibilidad del derecho del beneficiario*

El derecho del beneficiario a recibir los frutos es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo cláusula contractual expresa que lo prohíba.

Si existe esta cláusula y el beneficiario muere, se aplican las reglas de sustitución previstas para la falta de beneficiario.

IV) *Significado de la reforma*

El Código regula de manera detallada los diversos aspectos que conciernen a la figura del beneficiario. Se reglan los supuestos de pluralidad de beneficiarios, la falta de beneficiario, las reglas para su sustitución y la transmisibilidad de sus derechos.

El punto más relevante es la posibilidad de que el fiduciario sea designado beneficiario, aspecto que se analizará en el artículo 1673 del Código.

Art. 1672 Fideicomisario. El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario.

Se aplican al fideicomisario los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671.

Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante.

I) Resumen

Fideicomisario es la persona a quien se le transmitirá la propiedad de los bienes remanentes al concluir el fideicomiso. Puede ser fideicomisario cualquier persona, humana o jurídica. El fiduciario no puede ser fideicomisario. A falta de fideicomisario, reviste tal carácter el fiduciante.

II) Concordancias

Definición (art. 1666); contenido (art. 1667); plazo, condición (art. 1668); aceptación del beneficiario y del fideicomisario, fraude (art. 1681); efectos (art. 1698).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El fideicomisario*

El fideicomisario es el destinatario final de los bienes. Puede ser una persona humana, capaz, incapaz o con capacidad restringida, persona por nacer o cualquier persona jurídica, pública o privada.

III.2) *Designación del fideicomisario*

El fideicomisario debe ser designado en el contrato; lo disponen el artículo 1667, inciso e, y el artículo 1668, último párrafo.

El contrato puede diferir para un momento posterior a la celebración de la designación del fideicomisario; en este caso el contrato deberá contener los elementos o procedimiento para su designación. La designación puede quedar sujeta a la elección por un tercero.

Puede designarse como fideicomisario al fiduciante, al beneficiario o a un tercero.

III.3) *Falta de designación*

Si el contrato no designa al fideicomisario, ni el modo de designación posterior, se plantea qué efectos tiene sobre el contrato.

Para una primera postura, el contrato sería nulo, por faltar un requisito esencial; entendemos, en cambio, que, a falta de designación de fideicomisario, deberá aplicarse la misma solución propuesta para la ausencia de designación de beneficiario: será fideicomisario el beneficiario y, en ausencia de éste, el fiduciante.

En la misma senda de la validez del contrato, pero con una solución diferente, López de Zavallía, interpretando el régimen vigente de la ley 24.441, expresaba que si no hay destinatario final designado, la propiedad revertirá al patrimonio particular del fiduciario. Esta solución no es hoy defendible, en razón de que el Código es expreso en que el fiduciario no puede ser fideicomisario.

III.4) *Falta de fideicomisario*

Si faltare el fideicomisario, porque no aceptó, murió, no llegó a existir o dejó de existir, se aplican las reglas que, para iguales supuestos, prevé el Código respecto al beneficiario, y a cuyo análisis remitimos.

III.5) *El fiduciario no puede ser fideicomisario*

Durante la vigencia de la ley 24.441 se discutió si el fiduciario podía ser designado como fideicomisario (destinatario final de los bienes). La duda se planteaba a partir de que el artículo 7º de dicha ley disponía que "El contrato no podrá dispensar al fiduciario [...] de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados..." Se decía que la ley era clara en el sentido de que nunca el destino final de los bienes puede ser el patrimonio general del fiduciario, a lo que López de Zavallía agregaba el argumento de que si el fiduciario fuere fideicomisario, sería un dominio no sujeto a restitución, y no se cumpliría el requisito definitorio del artículo 1º de la ley. A favor de la posibilidad de que el fiduciario revistiera la calidad de fideicomisario, se postulaba

que lo que la ley ha querido es que, durante la vigencia del fideicomiso, el fiduciario adquiera para sí bienes del fideicomiso, pero esta prohibición no obstaba a que se lo designe como fideicomisario, pues la transmisión se realizaría sólo una vez concluido el contrato. Por nuestra parte, entendimos que si en el contrato constitutivo se preveía, en forma expresa y bajo ciertas condiciones, que el fiduciario podría recibir bienes del patrimonio que administra, se salvaba el fin de la prohibición, cual es la contraposición de intereses que la posibilidad generaría, y el contrato y el acto de disposición serían válidos.

El Código salva esta disputa, y dispone expresamente que el fiduciario no puede ser fideicomisario.

IV) Significado de la reforma

El Código ordena adecuadamente los diferentes aspectos que presenta la designación de fideicomisario, y su ausencia. Define, de manera expresa, que el fiduciario no puede ser fideicomisario, salvando la disputa sobre el tema que planteaba la ley anterior.

Art. 1673 *Fiduciario.* El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica.

Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir.

El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

D) Resumen

El fiduciario es la parte a quien se transmiten los bienes que conforman el patrimonio fiduciario y se le encarga la gestión a cumplir con ellos. Puede ser fiduciario cualquier persona, física o jurídica, con capacidad suficiente. Para ser fiduciario con actuación pública es ne-

cesaria autorización especial. El fiduciario puede ser beneficiario, debiendo actuar en tal caso evitando conflictos de intereses con los de los demás sujetos intervinientes.

II) Concordancias

Pauta de actuación, solidaridad (art. 1674); rendición de cuentas (art. 1675); cese del fiduciario (art. 1678); sustitución del fiduciario (art. 1679).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El fiduciario*

El fiduciario es la parte a quien se le transmiten los bienes que conformarán el patrimonio fiduciario y se le encarga cumplir con la gestión encomendada en el contrato.

Puede ser fiduciario cualquier persona, humana o jurídica, con capacidad de disposición de los bienes recibidos. Se aplican las reglas pertinentes de capacidad de ejercicio para la persona humana y las correspondientes a cada tipo de persona jurídica. La persona jurídica debe estar autorizada en el instrumento que la rige para actuar como fiduciaria.

III.2) *Fiduciario con actuación pública*

El Código fija requisitos especiales para ofrecer al público servicios fiduciarios. Sólo pueden realizar la gestión fiduciaria bajo esta modalidad las entidades financieras, que quedan sujetas en este aspecto a la ley específica que las regula, y aquellas personas especialmente autorizadas por la autoridad de contralor de los mercados de valores, bajo las normas que dicha autoridad determine.

En la actualidad la Comisión Nacional de Valores actúa como organismo de contralor de los fideicomisos financieros y de los fiduciarios públicos (quienes ofrecen sus servicios al público -artículo en análisis-). El Título V, Capítulo IV de las Normas de la Comisión está dedicado a la regulación del fideicomiso, en el que se fijan los requisitos para actuar como fiduciarios en este ámbito.

El requisito se explica en razón de la importancia económica que tiene la labor, al constituir el fideicomiso, en muchos casos, una herramienta para captar inversiones del público, lo que justifica los controles de organismos especializados en la materia.

III.3) *El fiduciario puede ser beneficiario*

El Código permite que el fiduciario pueda ser designado beneficiario.

El tema constituyó una de las cuestiones más debatidas durante la vigencia de la ley 24.441. Ante la ausencia de un texto legal expreso que responda a la pregunta, se fijaron dos posturas.

La primera posición, partidaria de la prohibición de la posibilidad de revestir la calidad de fiduciario-beneficiario por una misma persona, expresaba que existe una evidente contraposición de intereses entre ambas calidades (administrador-beneficiario), y esta situación es incompatible con la necesaria neutralidad que debe tener el fiduciario en la gestión de los bienes²³³. Se invocaba, además, la disposición del artículo 7° de la ley, el que disponía que entre las obligaciones no dispensables del fiduciario estaba la de rendir cuentas por parte del fiduciario y que, de admitirse esta posibilidad, se constituiría una gestión en provecho propio, un mandato *in rem suam*, lo que obstaba la procedencia de la hipótesis en análisis²³⁴.

Otra postura aceptaba que el fiduciario fuera beneficiario. Entre ellos se recuerda a Gustavo Bono, quien concluía que el artículo 7° de la ley no excluyó la posibilidad de superposición, ni tampoco el artículo 2662 del código civil imponía que la gestión del fiduciario ejerciera su derecho a favor de un tercero, de manera que "...el fidu-

²³³ En apoyo a esta posición debe reconocerse que en el Derecho anglosajón existe un gran recelo acerca de cualquier tipo de interferencia que pudiese existir entre los intereses del *trustee* (fiduciario) y los de las demás partes del *trust*. V., por todos, BOGERT, George T., *Trusts*, 6° ed., West Publishing Co., St. Paul (Minn.), esp. Capítulos 9 a 13.

²³⁴ HIGHTON, MOSSET ITURRASPE, PAOLANTONIO y RIVERA, ob. cit., p. 19; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 710, opinaba que el fiduciario único no puede ser beneficiario único, pero nada obsta a que figure como uno de los beneficiarios, siendo ésta precisamente una de las vías por las cuales puede quedar retribuida su actuación.

ciario ejercerá su derecho en beneficio de quien se designe en el contrato (art. 1°) y si el designado es él mismo ejercerá en interés propio el derecho adquirido. En el código civil y en la ley 24.441 nada se opondría a la opción²³⁵. López de Zavalía opinaba que el fiduciario único no podría ser beneficiario exclusivo, pero nada obstaba que figure como uno de los beneficiarios, siendo ésta una de las vías para remunerar su tarea²³⁶.

Las legislaciones antecedentes de la Argentina toman diferentes posturas. Se pronuncia por la negativa a esta posibilidad, por ejemplo, la legislación uruguaya sobre la materia, excepto en los fideicomisos de garantía en los que el fiduciario fuere una entidad financiera.

En la más reciente legislación latinoamericana, por el contrario, encontramos una solución similar a la adoptada por el Código. La legislación mexicana, que sancionaba con la nulidad al fideicomiso constituido a favor del fiduciario (art. 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), ahora lo permite; desde el año 2000, a través de la incorporación del artículo 400 de la ley, se admite la posibilidad de que el fideicomiso se establezca a favor de la propia institución fiduciaria. El código civil de Quebec sigue esta misma tendencia, al permitir que el beneficiario pueda actuar como fiduciario, siempre que lo haga en conjunto con otra persona que no sea el fiduciante (art. 1275). Por nuestra parte, en vigencia de la ley 24.441, nos pronunciamos por la posibilidad de la superposición de roles.

El Código pone fin a esta discusión.

III.4) *Pauta de conducta para el fiduciario-beneficiario*

Se determina una pauta de conducta amplia para juzgar la corrección de la actuación del fiduciario cuando es designado beneficiario: debe actuar evitando conflictos de intereses con los de las otras partes del negocio, es decir, evitando cualquier beneficio propio que perjudique a los de los demás beneficiarios.

²³⁵ BONO, Gustavo Alejandro, *Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24.441*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Año Académico 1996, Córdoba, 1997, p. 298.

²³⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., ps. 712 y 791.

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene la posibilidad de que cualquier persona, humana o jurídica, pueda actuar como fiduciario, lo que constituye un acierto, pues el fideicomiso se ha mostrado eficiente en negocios en los que las entidades fiduciarias profesionales no han revelado interés.

El control sobre los fiduciarios que realizan esta actividad de manera pública, publicitando sus servicios, es una necesidad, que también el Código ratifica.

La posibilidad de que el fiduciario pueda ser designado beneficiario, con pautas de conducta de cuidado de los intereses de los demás beneficiarios, es una solución que pone fin a la disputa sobre su procedencia.

Art. 1674 Pauta de actuación. Solidaridad. El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

En caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso.

I) Resumen

El fiduciario, en cumplimiento de su encargo, está sujeto a las obligaciones impuestas en el contrato y en la ley. Para determinar si ha cumplido el Código fija un estándar de conducta: debe obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Si se designan varios fiduciarios para que actúen en forma simultánea su responsabilidad es solidaria.

II) Concordancias

Fiduciario (art. 1673); rendición de cuentas (art. 1675); dispensas prohibidas (art. 1676); cese del fiduciario (art. 1678); actos de disposición y gravámenes (art. 1688); acciones (art. 1689).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El estándar de conducta a cumplir por el fiduciario*

El fiduciario debe cumplir con las obligaciones impuestas por el contrato y la ley con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Se mantiene el estándar utilizado por la ley 24.441.

La decisión de la norma sigue el criterio del artículo 59 de la ley 19.550 de sociedades, el que dispone: “*Diligencia del administrador: responsabilidad.* Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Entre ambos parámetros de conducta exigidos existe una coincidencia: ambos tienen en mira la diligencia del hombre de negocios y resaltan el elemento confianza, al referirse expresamente a él la ley de fideicomiso, y al mencionar la ley de sociedades a la lealtad que se le exige al administrador de la sociedad. La ley impone al fiduciario una conducta específica y agravada, pues además de exigir un estándar propio del ámbito de los negocios (superior al de un mandatario común), agrega un deber de diligencia especial en razón de la confianza por la cual se lo elige como gestor de los bienes.

Comentando la norma societaria, ha señalado Ferrer²³⁷ que “...La obligación genérica de los administradores sociales de llevar adelante los negocios en cumplimiento del objeto social, es una obligación de medios y no de resultados”²³⁸, y que “...el tema del criterio del artículo 59, importa un mayor compromiso con la capacitación y el conocimiento de los negocios, pero a su vez legítima a los administradores

²³⁷ FERRER, Germán, *Responsabilidad de los administradores societarios*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 138.

²³⁸ Acepta el autor, correlativamente, algunos casos de obligaciones específicas que serían de resultado: llevar actualizado el libro de registro de acciones, convocar a asamblea para la renovación de autoridades, presentar el balance a la asamblea general ordinaria para su aprobación, practicar las inscripciones en el Registro Público de Comercio cuando resulte menester, etc.

a tomar mayor riesgo, por el riesgo que el comercio mismo encierra”, reflexiones plenamente aplicables al fiduciario.

III.2) *La regla de la solidaridad entre los fiduciarios plurales*

El Código incorpora como novedad la regla de la solidaridad entre los fiduciarios, si fuesen designados para actuar en forma simultánea. La ley 24.441 no contenía esta solución.

La decisión del Código se alinea con el precepto que regula la actuación de los administradores y representantes de las sociedades comerciales y brinda una mayor garantía para las partes y terceros acreedores del fideicomiso.

IV) Significado de la reforma

El estándar de conducta adoptado es una regla adecuada y eficiente para regular la actuación de los fiduciarios, pues enfatiza deberes agravados, que se fundan en la existencia de gestión de intereses ajenos y en la confianza que preside al instituto.

La incorporación de la regla de la solidaridad agrega un elemento de seguridad para quienes confían sus bienes a los fiduciarios y los terceros acreedores del fideicomiso.

Art. 1675 *Rendición de cuentas.* La rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año.

I) Resumen

La obligación de rendir cuentas constituye un deber nuclear del fiduciario, inderogable por convención de las partes. Puede ser pedida por cualquiera de las demás partes, de acuerdo a lo que se convenga en el contrato. En defecto de convenio, deben rendirse cuentas, al menos, una vez por mes.

II) Concordancias

Contabilidad y estados contables (art. 320); rendición de cuentas (art. 858); dispensas prohibidas (art. 1676); remoción del fiduciario (art. 1678).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Obligación de rendir cuentas*

El fiduciario debe rendir cuentas de su gestión a cualquiera de las demás partes, fiduciante, beneficiario o fideicomisario, en los términos fijados contractualmente. Los destinatarios naturales de la rendición serán el beneficiario y el fideicomisario, al ser quienes se asignarán el producto de la gestión fiduciaria, pero puede suceder que el fiduciante mantenga control de la actividad del fiduciario, reservándose el derecho de pedir rendición de cuentas.

La ley 24.441, en su artículo 7º, otorgaba la facultad de solicitar la rendición al beneficiario (salvo convención en contrario). El Código amplía el elenco de legitimados, habilitando a realizar el pedido a todas las partes.

III.2) *Obligación de llevar contabilidad*

El Código dispone en el artículo 320 que están obligadas a llevar contabilidad, en los términos de la Sección 7ª del Capítulo 5, Título IV, del Libro Primero, “todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios”, y es optativo llevarla para cualquier otra persona si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros. En tanto el fiduciario gestione los bienes en el marco de una actividad organizada o comprenda el fideicomiso una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, la contabilidad que obligatoriamente deberá llevar el fiduciario será la base sobre la cual deberá rendir las cuentas que le impone la norma.

El contrato podrá, además, determinar otros procedimientos, que las partes consideren adecuados, para el registro y control de la gestión fiduciaria.

A todo evento, resultan aplicables los principios de los artículos 858 y siguientes (ver t. V, p. 332).

III.3) *Otros supuestos*

En los supuestos en los que la actividad del fideicomiso no imponga la obligación de llevar contabilidad, el fiduciario deberá llevar cuentas ordenadas de todos los ingresos y egresos realizados en su gestión, de manera de poder brindar información completa, adecuada, actualizada y documentada de todos los movimientos económicos que hubiese realizado con los bienes bajo su titularidad fiduciaria.

III.4) *Incumplimiento de la obligación de rendir cuentas*

Si el fiduciario no cumple con la obligación de rendir cuentas se produce una causal de remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones, la que procederá a pedido del fiduciante, o a instancias del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante.

IV) **Significado de la reforma**

La obligación de rendir cuentas por parte del fiduciario constituye un deber esencial en la estructura del negocio, en pos de un adecuado régimen de información para los interesados en la marcha de la gestión fiduciaria. El Código lo ratifica al imponer esta obligación de manera inderogable, con una periodicidad no menor a un año –salvo convención que imponga que se debe hacer en períodos menores–. La reforma amplía la legitimación para solicitar la rendición de cuentas, que otorga a cualquiera de las partes del negocio, en tanto la ley 24.441 la limitaba al beneficiario.

Art. 1676 *Dispensas prohibidas.* El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados.

I) **Resumen**

El Código prohíbe insertar cláusulas contractuales que dispensen al fiduciario de su obligación de rendir cuentas, de la responsabilidad en que puedan incurrir el fiduciario o sus dependientes por incumplimiento doloso o culposo de sus obligaciones y de la prohibición de adquirir los bienes fideicomitados. Dichas cláusulas son nulas, sin perjuicio de la validez del contrato de fideicomiso.

II) **Concordancias**

Fiduciario (art. 1673); pauta de actuación, solidaridad (art. 1674); cese del fiduciario (art. 1678).

III) **Interpretación de la norma**

El contrato de fideicomiso otorga amplias posibilidades a las partes para convenir las cláusulas que mejor convengan a sus intereses. Es un instituto flexible y versátil.

Sin embargo, de acuerdo a la índole de la actividad que concierne al fiduciario, que involucra intereses ajenos –pues gestiona a favor de otros–, el Código establece cláusulas prohibidas, que quedan fuera de aquel principio de libertad contractual que preside el instituto.

III.1) *Prohibición de dispensar la obligación de rendir cuentas*

Es de la esencia del fideicomiso que el fiduciario actúa en interés de terceros, quienes serán los eventuales beneficiarios de su actividad. Esta circunstancia impone la obligación de rendir cuentas, propia de toda persona que gestiona intereses ajenos. Mas, en garantía de los interesados en el negocio, el Código prohíbe pactar una cláusula que dispense al fiduciario de esta obligación, de manera de asegurarles el acceso a una información adecuada, completa, veraz y documentada de la gestión de sus intereses.

III.2) *Prohibición de dispensa de la responsabilidad que puede haber al fiduciario, o sus dependientes, por su actuar culposo o doloso*

El Código prohíbe pactar en el contrato una cláusula de eximición de responsabilidad por el actuar culposo o doloso del fiduciario, o de sus dependientes, que pueda ocasionar daños a los intereses de las partes. Se denota en la norma el agravamiento de la posición del fiduciario, pues la prohibición se aparta del principio general de que la culpa puede ser dispensada en los contratos discrecionales.

III.3) *Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos*

Para evitar conflictos de intereses, se veda la posibilidad de que el fiduciario adquiera para sí, directamente o a través de terceras personas, los bienes que gestiona. Esta prohibición se extiende durante toda la vigencia del fideicomiso, y aun cuando éste se extingue, el Código prohíbe también que el fiduciario sea fideicomisario (art. 1672).

IV) Significado de la reforma

El Código impone contenidos inderogables en defensa de los intereses comprometidos en la gestión fiduciaria, que otorgan mayores seguridades a quienes confían sus bienes al fiduciario y, con ello, agrega atractivos para la utilización del fideicomiso y para su eficacia.

Art. 1677 *Reembolso de gastos. Retribución.* Excepto estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, ambos a cargo de quien o quienes se estipula en el contrato. Si la retribución no se fija en el contrato, la debe fijar el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias en que actúa el fiduciario.

I) Resumen

El fiduciario gestiona bienes ajenos y en interés de terceros, lo que

genera gastos y prestación de servicios, en la mayoría de los casos, con importantes deberes, cargas y responsabilidades. El Código, en consecuencia, presume que los gastos deben ser reembolsados y que la gestión debe ser remunerada, salvo que se convenga la gratuidad. En defecto de convención sobre honorarios, el juez debe fijarlos, en atención a los parámetros que selecciona el artículo.

II) Concordancias

Fiduciario (art. 1673).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Gratuidad y determinación en el contrato de fideicomiso de régimen de gastos y honorarios*

El fiduciario gestiona bienes ajenos y en interés de terceros, lo que genera gastos y prestación de servicios, con importantes deberes, cargas y responsabilidades en la mayoría de los casos.

El Código, en consecuencia, presume que los gastos deben ser reembolsados y que la gestión debe ser remunerada, salvo que se convenga la gratuidad. Este supuesto se dará, generalmente, cuando se presenten fideicomisos de escasa importancia económica, en los que las partes tengan parentesco o amistad, o cuando se trate de fideicomisos benéficos y el fiduciario actúe de manera caritativa. En general, el fiduciario actúa profesionalmente y se determina en el contrato el régimen de gastos y honorarios, sus límites y procedimiento de reembolso y pago.

III.2) *Determinación de los honorarios por el juez*

El Código presume la onerosidad de la actividad del fiduciario y dispone la obligación del juez de regular sus honorarios si las partes no los han convenido contractualmente.

Señala algunos parámetros, no taxativos, que deberá tener en cuenta el juez para definir los honorarios: a) índole de la encomienda, esto es, por ejemplo, cuál es la importancia económica de la gestión encomendada, qué bienes se encuentran involucrados, si se trata de fi-

deicomiso con fines benéficos o empresariales, el contexto en el cual se pactó el fideicomiso; b) la importancia de los deberes a cumplir, cuáles son las tareas que debe llevar a cabo, si hay una actuación activa de gestión o se trata de una mera custodia, si la actividad implica la defensa de los intereses confiados, el grado de responsabilidad comprometida frente a terceros, la extensión temporal de las tareas, la organización puesta a disposición de la gestión; c) la eficacia de la gestión cumplida; es un parámetro que podrá ser medido durante la gestión, a través de la medición de los resultados parciales obtenidos, y a la extinción, al determinar el producto remanente de la gestión; d) las demás circunstancias en que actúa el fiduciario; el criterio deja al juez un amplio campo de discrecionalidad para valorar cuantas más circunstancias puedan ser consideradas para determinar honorarios, por ejemplo los honorarios que son habituales en negocios fiduciarios similares en el lugar en el que se desempeña la tarea.

IV) Significado de la reforma

El Código determina la presunción de onerosidad de las tareas desempeñadas por el fiduciario, respondiendo a un criterio de realidad, cual es que la gestión sobre bienes ajenos implica gastos y la asunción de tareas y deberes relevantes, que deben ser remunerados.

La cuestión se difiere a las cláusulas contractuales. Pero, si no se hubiere convenido, se fijan pautas amplias, con algunos criterios orientadores, para que el juez determine una remuneración acorde a la importancia de la actividad desarrollada.

Art. 1678 Cese del fiduciario. El fiduciario cesa por:

- a) **remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante;**
- b) **incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana;**
- c) **disolución, si es una persona jurídica; esta causal no se**

aplica en casos de fusión o absorción, sin perjuicio de la aplicación del inciso a), en su caso;

- d) **quiebra o liquidación;**
- e) **renuncia, si en el contrato se la autoriza expresamente, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función; la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.**

I) Resumen

El Código dispone cuáles son las causales de cesación de las tareas del fiduciario. En algunos casos será necesaria la remoción con intervención judicial (incumplimiento de sus obligaciones o imposibilidad para el desempeño de sus funciones), en otros casos se producirá *ipso jure* en razón de existir causas legales que imposibilitan la continuidad de la gestión (incapacidad, inhabilitación, capacidad restringida y muerte de la persona humana, disolución, quiebra o liquidación de la persona jurídica), y en otros será el propio fiduciario, a través de su renuncia, quien anunciará su voluntad de no continuar con las tareas.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); pauta de actuación, solidaridad (art. 1674); rendición de cuentas (art. 1675); sustitución del fiduciario (art. 1679).

III) Interpretación de la norma

El Código dispone cuáles son las causales de cesación de las tareas del fiduciario. La cesación del fiduciario no implica la extinción del fideicomiso sino que provoca su sustitución, del modo en que se haya convenido en el contrato o, en su defecto, por las reglas que señala el artículo 1679.

III.1) Cesación por remoción judicial del fiduciario

a) *Legitimados.* El fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario pueden pedir la remoción judicial del fiduciario. Si la acción es pro-

movida por el beneficiario o el fideicomisario, se impone la citación al juicio del fiduciante, a fin de que se pliegue o se oponga al pedido de remoción.

Se amplía en forma expresa el elenco de legitimados, pues el artículo 9º, inciso a, de la ley 24.441 otorgaba la facultad de remoción sólo al fiduciante y al beneficiario.

b) *Causales de remoción.* La remoción podrá ser solicitada por incumplimiento de las obligaciones y deberes que el contrato o la ley pongan a cargo del fiduciario, o porque éste se encuentre en imposibilidad, material o jurídica, de ejercer la gestión encomendada. Habría imposibilidad material, por ejemplo, si el fiduciario no ha mantenido la estructura organizativa requerida de acuerdo a la importancia de la actividad a efectuar en cumplimiento de la manda, o jurídica, si un cambio de normativa le impide al fiduciario continuar con su gestión.

La ley 24.441 consideraba sólo al incumplimiento obligacional. El Código agrega la imposibilidad material o jurídica de cumplir con el encargo.

c) *Procedimiento judicial.* A diferencia de lo dispuesto en otras causales de sustitución del fiduciario, la ley no fija un procedimiento específico, por lo que se regirá por las disposiciones procesales locales correspondientes. Es consecuencia de la necesidad de bilateralidad que preside a la remoción del fiduciario.

Si la remoción es solicitada por el beneficiario o el fideicomisario, es parte necesaria el fiduciante. Si los fiduciantes fueren plurales, deberán ser citados todos, salvo que el contrato de constitución del fideicomiso determine reglas especiales de representación de los intereses de los fiduciantes, lo que es conveniente regular. El fiduciario podrá allanarse al pedido u oponerse, recayendo sobre el juez la decisión sobre la procedencia.

d) *Medidas urgentes.* De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1679, que se analizaremos a continuación, mientras tramita la remoción, y a pedido de cualquier interesado, el juez podrá designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora.

III.2) *Incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana*

Si el fiduciario es una persona humana, y fuere declarado incapaz o con capacidad restringida, o inhabilitado, cesa en sus funciones desde la declaración judicial que determine la restricción.

Es una consecuencia natural de la imposibilidad de gestionar bienes ajenos.

III.3) *Disolución de la persona jurídica*

Si se dispone la disolución de la persona jurídica, en los términos prescriptos por los artículos 163 y siguientes del Código, o en las leyes correspondientes a cada tipo, se produce su necesaria cesación como fiduciario, al finalizar su capacidad de adquirir derechos o contraer deberes.

El Código aclara que no se produce la cesación como fiduciario si la disolución se origina como consecuencia de la fusión o absorción. Ello, pues los derechos y deberes se transfieren a la nueva sociedad (fusión) o a la sociedad absorbente; salvo que como consecuencia de la fusión o absorción la sociedad se vea imposibilitada, material o jurídicamente, de ejercer el encargo encomendado, en los términos previstos por el inciso a, del artículo en análisis.

III.4) *Quiebra o liquidación*

Si el fiduciario es persona jurídica, su quiebra o liquidación, según sea el régimen jurídico que le sea aplicable, determina necesariamente su cesación. El Código no incluye al concurso de la persona jurídica, por lo que podrá continuar con el cumplimiento del contrato, en los términos y bajo las condiciones fijadas por la ley concursal.

III.5) *Renuncia del fiduciario*

a) El Código presume que el cargo de fiduciario es irrenunciable, consecuencia necesaria del principio de obligatoriedad de los contratos. Sin perjuicio de ello, si el fiduciario renunciare y no le fuere aceptada

la renuncia, se presenta una situación de improbable continuación de la relación; será responsable de los daños ocasionados por su renuncia y deberá designarse un sustituto, en los términos del artículo 1679 del Código.

El contrato puede prever la posibilidad de renuncia sin consecuencias. Se trata de un supuesto de rescisión unilateral del contrato por parte del fiduciario, autorizada convencionalmente.

b) *Efectos de la renuncia.* A fin de asegurar la continuidad de la gestión encarada a través del fideicomiso, el Código dispone que la renuncia tenga efectos sólo desde la transferencia de los bienes al fiduciario sustituto. El fiduciario debe continuar con sus labores hasta ese momento y realizar todas las diligencias imprescindibles para concretar los trámites necesarios para la transmisión del patrimonio.

III.6) *Causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función*

La imposibilidad material o jurídica está prevista como causal de remoción del fiduciario, y en supuestos de fusión o absorción de la sociedad que actuare como fiduciaria (por remisión al supuesto previsto para la persona humana). El inciso e, lo reitera, aunque previendo el supuesto en que sea el fiduciario quien invoque la imposibilidad como causal de cesación de su función. Si los interesados no aceptaren la imposibilidad, deberá decidirse judicialmente.

Existe una causal residual de cesación del fiduciario, cual es la existencia de causa grave que impida la continuidad del desempeño en la función. Encuadra en ella cualquier dificultad, importante y trascendente, que obstaculice de manera permanente la continuidad de la tarea encomendada. Del mismo modo que ante la imposibilidad de desempeño, la procedencia de la causal de cesación, de no ser reconocida, deberá ser decidida judicialmente.

IV) Significado de la reforma

El artículo enumera las causales de cesación, detallando, en cada caso, las particularidades que presenta cada una. Se amplían los supuestos previstos por la ley 24.441, en ciertos casos se los aclara y

se fijan procedimientos, y se amplían legitimaciones para hacerlas valer. Se determinan razones residuales, que abren mayores posibilidades de decisión acerca de la viabilidad de la continuidad del fiduciario en su gestión.

Art. 1679 *Sustitución del fiduciario.* Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690.

En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes.

En los restantes casos de los incisos b), c) y d) del artículo 1678, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación del acaecimiento de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o la ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. En todos los supuestos del artículo 1678 el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora.

Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, debe ser oído el fiduciante.

Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario.

D) Resumen

El artículo 1679 regula, de manera detallada, el procedimiento de sustitución del fiduciario ante el cese del designado en el contrato.

Este aspecto es central en la marcha del fideicomiso, pues no se concibe al fideicomiso sin la existencia de una persona que gestione los bienes. La persona del sustituto o el procedimiento para su designación pueden estar en el contrato; la buena técnica impone que así se haga. Si nada se hubiese estipulado, el juez designará a un fiduciario de entre los inscriptos para actuar como fiduciarios en fideicomisos financieros. Se aclara que en caso de muerte del fiduciario, no es necesario declarar los bienes en su sucesorio, y que en los demás casos de cesación que no implican remoción cualquier interesado puede instar la designación por vía judicial. El Código prevé que mientras se designe el nuevo fiduciario, se pueden dictar, como medidas precautorias, un fiduciario provisorio o medidas de protección del patrimonio. En todos los casos, se deben transmitir los bienes al sustituto, cumpliendo con las formalidades y registraciones correspondientes.

II) Concordancias

Cese del fiduciario (art. 1678).

III) Interpretación de la norma

III.1) Designación del fiduciario sustituto en el contrato

La designación del fiduciario sustituto, para el supuesto de cesación del fiduciario originario, es un tema central en el funcionamiento del fideicomiso, pues no se concibe la figura sin una persona que gestione los bienes que forman el patrimonio.

El Código prevé, como regla primaria, que el fiduciario sustituto designado en el contrato es quien reemplazará al cesado. En el contrato se pueden designar varios fiduciarios sustitutos para el supuesto de que alguno no acepte, o se presente alguna causal de cesación con respecto a él. En defecto de la designación de uno o varios fiduciarios sustitutos, el contrato puede disponer el procedimiento mediante el cual se designará al fiduciario sustituto, por ejemplo por la decisión de todos o un porcentaje de los fiduciarios, o de los beneficiarios, o diferir la designación a un tercero.

III.2) Designación de fiduciario sustituto por vía judicial

Si no existe previsión contractual, o si el designado no acepta o por cualquier motivo no puede ser fiduciario, el juez deberá designar un fiduciario, que elegirá entre las personas autorizadas para actuar como fiduciarios en los fideicomisos financieros: una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores (hoy la Comisión Nacional de Valores) para actuar como fiduciario financiero.

III.3) Muerte del fiduciario. Innecesidad de intervención judicial para la transferencia de los bienes fideicomitados

La muerte del fiduciario produce su cesación en la función y la necesidad de transferir los bienes al fiduciario sustituto. Una cuestión que se planteó durante la vigencia de la ley 24.441 fue si para realizar la transferencia era necesaria la intervención del juez de la sucesión del fiduciario. El Código deslinda esta duda, disponiendo que los interesados (fiduciante, beneficiario, fideicomisario) podrán realizar la transferencia de los bienes sin intervención del juez de la sucesión, otorgando los instrumentos pertinentes según la clase de bienes que deban transferirse.

III.4) Designación de fiduciario en caso de incapacidad y disolución, quiebra o liquidación de la persona jurídica

Si la cesación del fiduciario se produjere por incapacidad, inhabilitación o capacidad restringida del fiduciario, o por disolución, quiebra o liquidación de la persona jurídica, y los obligados contractualmente no realizaren los trámites necesarios para proceder a su sustitución y transferencia de bienes, el Código prevé que cualquier interesado, entre los que se incluyen los acreedores, puede solicitar al juez la designación del sustituto, en los términos previstos por el contrato. Para ello deberá comprobar el acaecimiento de la causal de cesación que invoque y la inactividad de las partes encargadas de la designación del sustituto. El pedido de designación del sustituto tramitará por la vía procesal más breve prevista por la ley procesal local. Si el pedido lo realiza una parte distinta al fiduciante, éste deberá ser citado al juicio para ser oído.

III.5) *Medidas cautelares*

Presentada una causal de cesación del fiduciario y mientras se designa el sustituto, los bienes que conforman el patrimonio deben seguir siendo gestionados. Es por ello que, si no se produjera la sustitución de manera inmediata, cualquier interesado (fiduciante, beneficiario, fideicomisario o un acreedor del fideicomiso) puede pedir medidas cautelares para protegerlos; el Código nombra la designación de un fiduciario sustituto provisorio (a la manera de un interventor societario) o cualquier otra medida cautelar eficaz. Para el dictado de las medidas deberán presentarse los requisitos generales que condicionan su dictado, entre los que el Código menciona el peligro en la demora en la designación del fiduciario sustituto.

III.6) *Transferencia de los bienes al sustituto.*
Títulos suficientes. Rogación

Producida la designación de sustituto deben transferirse los bienes que conforman el patrimonio y, en consecuencia, cumplirse las formalidades requeridas para cada tipo de bienes.

El Código prevé, deslindando una cuestión discutida durante la vigencia de la ley 24.441, que a los fines de la transferencia de los bienes registrables al fiduciario no es necesario el otorgamiento de un contrato de transferencia, sino que basta inscribir los instrumentos judicial, notarial o privado (según corresponda), autenticados, en los que conste la designación del fiduciario sustituto. La toma de razón puede ser rogada por cualquier interesado, aun por el nuevo fiduciario.

IV) **Significado de la reforma**

El Código regula de manera precisa las diferentes circunstancias que pueden presentarse ante la necesidad de sustitución del fiduciario, aclara los procedimientos y requisitos para proceder a la transferencia de bienes y la posibilidad de dictar cautelares en el ínterin hasta que se produzca. La reforma aclara cuestiones controvertidas durante la vigencia de la ley 24.441, lo que redundará en la certeza sobre los trámites a realizar.

Art. 1680 *Fideicomiso en garantía.* Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

I) **Resumen**

Garantizar deudas del fiduciante, o de terceros, es una de las finalidades que puede perseguir la constitución del fideicomiso. En este caso se deben regular contractualmente las facultades del fiduciario, a fin de prever cómo funcionará la garantía, cuál será el destino de los bienes mientras dure la garantía y cuál el procedimiento de liquidación de los bienes para efectivizarla ante el incumplimiento. El Código regula alguno de estos aspectos, determinando las facultades del fiduciario sobre los frutos y los mecanismos de liquidación de los bienes.

II) **Concordancias**

Actos de disposición y gravámenes (art. 1688).

III) **Interpretación de la norma**III.1) *El fideicomiso con fines de garantía*

Hemos conceptualizado al fideicomiso con fines de garantía como aquel en el cual el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del crédito garantizado, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago del crédito²³⁹.

²³⁹ MÁRQUEZ, José Fernando, *Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía*, en J. A. 2000-IV-1225.

La figura es una clase del negocio fideicomiso, por lo cual comparte sus características generales: puede ser constituido por contrato o testamento, debiendo agregarse como causa-fuente la ley (en los numerosos casos en que el Estado constituye fideicomisos para el cumplimiento de sus fines).

Se trata de un negocio consensual y pueden existir en él diversos actores: (i) fiduciante (constituyente), que garantiza deudas propias o de un tercero; (ii) en su caso, el deudor no fiduciante; (iii) el fiduciario, encargado de la administración del fideicomiso, quien puede ser el titular del crédito garantizado (será, entonces, beneficiario), o no serlo; (iv) en su caso, el acreedor garantizado mediante el fideicomiso (beneficiario); (v) un eventual beneficiario no acreedor (quien recibe los beneficios de la administración durante la vida del fideicomiso), y (vi) el fideicomisario (destinatario final de los bienes al extinguirse el fideicomiso).

III.2) *El funcionamiento de la garantía. El contrato*

Todos los aspectos relativos a cómo deberá actuar el fiduciario durante la vigencia de la garantía y ante la necesidad de efectivizarla deben ser previstos en el contrato de fideicomiso. Allí deberán detallarse los bienes, presentes y futuros, que compondrán el patrimonio que garantiza, las deudas garantizadas, las facultades del fiduciario y las partes sobre los bienes, los supuestos que se consideran incumplimientos y generan la actuación de la garantía, el o los procedimientos de liquidación de los bienes y el destino de sus resultados.

III.3) *Facultades concedidas por la ley. Aplicación de rentas dinerarias*

En ausencia de disposiciones contractuales específicas, el Código dispone que el fiduciario esté facultado a utilizar las sumas dinerarias que ingresen al patrimonio, sean frutos de los bienes dados en garantía o producto de la cobranza de créditos que componen el patrimonio, para el pago de los créditos garantizados. Caracteriza al denominado fideicomiso de garantía y pago, en el cual los bienes no permanecen inmovilizados mientras no se produce el incumplimiento que habilite

la disposición de los bienes dados en garantía, común en los fideicomisos de flujos de fondos.

III.4) *Facultades concedidas por la ley. Procedimiento para la liquidación de la garantía*

El Código señala que, en defecto de convención expresa que disponga el modo de liquidación de los bienes dados en garantía, el fiduciario podrá hacerlo, a su criterio, en forma privada o judicial, pero asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes. La fórmula es amplia y permite al fiduciario buscar el mejor modo de liquidación, según cada clase de bienes y el mercado en el cual deberán disponerse.

IV) *Significado de la reforma*

El Código otorga carta de ciudadanía legal al fideicomiso con fines de garantía, clase de la cual cierta doctrina predicaba su ilegitimidad²⁴⁰. En defecto de regulación contractual, el Código regula dos aspectos de la figura: la posibilidad de que el fiduciario utilice los fondos dinerarios que ingresen al fideicomiso para pagar la deuda garantizada (modalidad propia de fideicomisos sobre flujos de fondos o bienes que produzcan rentas dinerarias) y el procedimiento a seguir por el fiduciario para la liquidación de los bienes, el que queda a su criterio, pero bajo la premisa de que debe procurar el mayor valor posible para los bienes.

Art. 1681 *Aceptación del beneficiario y del fideicomisario. Fraude.* Para recibir las prestaciones del fideicomiso, el beneficiario y el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales.

La aceptación se presume cuando intervienen en el contrato de fideicomiso, cuando realizan actos que inequívocamente la suponen o son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros.

²⁴⁰ Por la ilegitimidad: PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!*, en L. L. 2000-D-975; *Fideicomiso sí; de garantía no*, en L. L. 2001-B-978.

No mediando aceptación en los términos indicados, el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial. No producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado.

El beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe.

I) Resumen

El Código dispone que beneficiario y fideicomisario deban aceptar su calidad para recibir las prestaciones, y establece que cualquier acto que inequívocamente trasunte dicha aceptación o la suscripción de títulos emitidos por fideicomisos financieros implica la aceptación. Se habilita al fiduciario a que, previa intimación en forma fehaciente, solicite al juez que realice la intimación a los designados para que expresen si aceptan los beneficios.

Se aclara que beneficiario y fideicomisario pueden ejercer acciones para obtener el cumplimiento del contrato por parte del fiduciario y para revocar aquellos actos realizados en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de terceros que hubieren actuado de buena fe.

II) Concordancias

Beneficiario (art. 1671); fideicomisario (art. 1672); actos de disposición y gravámenes (art. 1688); fideicomiso financiero (art. 1690).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Aceptación de los beneficios*

El Código dispone que beneficiario y fideicomisario deban aceptar su calidad para acceder a los beneficios previstos en el contrato. Se

presume dicha aceptación: (i) cuando intervienen en el contrato de fideicomiso, aunque no hubiere una cláusula expresa de aceptación; (ii) ante cualquier acto o hecho que inequívocamente trasunte la voluntad de aceptación, por ejemplo, si realizare cualquier acto que implique ejercer derechos o facultades concedidos al beneficiario o al fideicomisario; (iii) en los fideicomisos financieros, la suscripción de títulos emitidos en ese marco.

III.2) *Requerimiento de aceptación por el fiduciario*

Se prevé que la falta de aceptación, expresa o presunta, habilita al fiduciario a requerir la aceptación, mediante acto auténtico, en un plazo prudencial, según las circunstancias del caso. Si aún persistiera la actitud de los beneficiados, el fiduciario deberá solicitar al juez que requiera la aceptación, bajo la modalidad de notificación que resulte más adecuada.

Agotadas estas instancias, se aplicarán las disposiciones de sustitución de beneficiario y fideicomisario previstas en los artículos 1671 y 1672.

III.3) *Acciones de cumplimiento de contrato y revocación de actos en fraude de los derechos de beneficiario y fideicomisario*

El Código determina que el beneficiario y el fideicomisario pueden ejercer las acciones tendientes al cumplimiento del contrato, en la medida de sus intereses.

Pueden, también, solicitar la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus derechos, sin perjuicio de los derechos de los terceros que hubieren actuado de buena fe en dichos actos.

IV) Significado de la reforma

El artículo regula ciertos aspectos de la situación de beneficiarios y fideicomisarios que resultaban dudosos. Determina la necesidad de aceptación de los beneficios, pero presume ciertos actos que presuponen la aceptación. Habilita al fiduciario para realizar todos los actos, primero extrajudiciales, luego judiciales, para lograr la aceptación y probar

la inaceptación, lo que habilita la designación de beneficiarios y fideicomisarios sustitutos, en los términos previstos por el Código.

Señala la facultad del beneficiario y del fideicomisario de reclamar al fiduciario el cumplimiento del contrato, en protección y en la medida de sus intereses, y acuerda en forma expresa la acción de fraude para revocar los actos realizados por el fiduciario en perjuicio de sus derechos.

SECCIÓN 3ª

EFFECTOS

Art. 1682 Propiedad fiduciaria. Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes.

I) Resumen

La constitución del fideicomiso implica la transferencia de los bienes a un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario. Los deberes y derechos que tiene el fiduciario sobre dichos bienes presentan particularidades que configuran una institución específica, la propiedad fiduciaria, cercana al derecho de dominio, pero con notables diferencias. La propiedad fiduciaria se rige por las disposiciones que el Código articula sobre el contrato de fideicomiso y, además, por las que correspondan aplicar según la naturaleza de los bienes de que se trate. Así, por ejemplo, si se trata de cosas, el Capítulo 31 del mismo Título IV (arts. 1701 y ss.) regula la propiedad fiduciaria sobre cosas, bajo la denominación de dominio fiduciario.

II) Concordancias

Forma (art. 1669); efectos frente a terceros (art. 1683); inscripción, bienes incorporados (art. 1684); patrimonio separado, seguro (art. 1685); dominio fiduciario (arts. 1701 a 1707).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El fiduciario es propietario fiduciario de los bienes fideicomitidos*

La constitución del fideicomiso implica la transferencia de los bienes a un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario.

A diferencia de otras regulaciones, como el Código de Quebec, en el que al fiduciario se le otorga el carácter de administrador del patrimonio, el Código optó por calificar al fiduciario como propietario de los bienes que componen el patrimonio.

III.2) *La propiedad fiduciaria, una propiedad con características particulares*

Se trata, como lo explicaremos al abordar los artículos de esta sección, de una propiedad modalizada, pues necesariamente se acotará al cumplimiento de un plazo o al acaecimiento de un hecho que condiciona su existencia. El fiduciario tiene limitadas sus facultades de disposición y administración al cumplimiento de las mandas incorporadas al contrato; el propio Código le fija límites, y, salvo disposición en contrario, debe ser remunerado por ejercer la titularidad de los bienes, lo que denota una propiedad distinta a la que la dogmática tradicional tiene diseñada, en la que el titular tiene amplios poderes de disposición y administración de los bienes.

III.3) *Normas que rigen la propiedad fiduciaria*

La propiedad fiduciaria se rige por las disposiciones que el Código articula sobre el contrato de fideicomiso y, además, por las que correspondan aplicar según la naturaleza de los bienes de que se trate. Así, por ejemplo, si se trata de cosas, el Capítulo 31 del mismo Título IV (arts. 1701 y ss.) regula la propiedad fiduciaria sobre cosas, bajo la denominación de dominio fiduciario.

La ley 24.441 manifestaba que la propiedad fiduciaria se regía por lo dispuesto en el Título VII del Libro Tercero del Código y las disposiciones de la ley, cuando se tratara de cosas. El sistema se articulaba sobre la base del dominio revocable como modelo.

El Código invierte la jerarquía de normas. La propiedad fiduciaria, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rige por las normas del Código sobre fideicomiso, y, luego, por las que correspondan a cada clase de bienes. Elló marca una impronta diferente, pues la interpretación de las facultades debe ser realizada desde una mirada distinta a las que tiene un titular pleno, lo que permite arribar a conclusiones adecuadas a las particularidades de la figura. Así, por ejemplo, la correcta comprensión del alcance de la propiedad del fiduciario otorgará una adecuada visión de cuáles son sus derechos y deberes, a la hora de determinar la validez de los actos, de disposición o administración, sobre los bienes que gestiona.

IV) Significado de la reforma

El Código determina que sobre los bienes que conforman el patrimonio se constituye una propiedad fiduciaria, regida, en principio, por las disposiciones del Capítulo 30 del Título IV, que señala particularidades en relación a los poderes que tiene un titular pleno. Esta señalización corre la mirada de la posición del fiduciario, colocándolo como un propietario distinto al propietario pleno, regido por sus propias reglas, sin perjuicio de la aplicación de otras que correspondan a las diferentes clases de bienes, adaptadas a la figura del fideicomiso.

Art. 1683 *Efectos frente a terceros. El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos.*

D) Resumen

La transferencia de los bienes que ingresan al patrimonio, sea por aportes de los fiduciantes, sea por la gestión misma del fiduciario, produce efectos entre las partes desde el momento en que se otorga el título y se realiza la tradición (como principio general y sin perjuicio de los diferentes regímenes de transferencia para otras clases de bienes,

de acuerdo a lo dispuesto por el Código). Frente a terceros, en cambio, requerirá el cumplimiento de los requisitos exigidos para cada clase de bienes para que la transferencia les sea oponible.

II) Concordancias

Título y modo suficientes (art. 1892); inoponibilidad (art. 1893); títulos valores (art. 1847). Ley de Navegación (art. 158). Código Aeronáutico (art. 50). Ley 11.867, Transferencia de fondos de comercio (art. 2°).

III) Interpretación de la norma

III.1) Efectos entre las partes

La transferencia de los bienes que ingresan al patrimonio, sea por aportes de los fiduciantes, sea por la gestión misma del fiduciario, produce efectos, como principio general, entre las partes desde el momento en que se otorga el título y se realiza la tradición posesoria, sin perjuicio de la necesidad de inscripción registral en los casos en que las leyes o el tipo de derechos lo requieran (art. 1892 del Código).

III.2) Efectos frente a terceros

Frente a terceros, en cambio, se requiere que la transferencia tenga publicidad suficiente, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos correspondientes a cada clase de bienes.

Si lo que se transmite al patrimonio son derechos reales, se considera publicidad suficiente la posesión o la inscripción registral, según el caso, no pudiendo desconocer la transferencia quienes participaron en los actos, ni quienes conocían o debían conocer la existencia del título (art. 1893 del Código).

Si se transfieren títulos valores no endosables, la "transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro" (art. 1847 del Código). Tratándose de transferencia de fondos de comercio, la publicidad deberá realizarse en los términos del artículo 2° de la ley 11.867; de buques, de acuerdo a

lo dispuesto por la ley 20.094 (art. 158), y de aeronaves, según el artículo 50 del Código Aeronáutico, por ejemplo.

IV) Significado de la reforma

El Código define que para que se produzca la transferencia de los bienes al patrimonio fiduciario deben cumplirse todos los requisitos y formalidades aplicables a cada clase de bienes y los procedimientos de publicidad correspondientes para su oponibilidad a terceros. El cumplimiento de estos mandatos es necesario para constituir correctamente el patrimonio fiduciario y evitar conflictos con otras personas que tengan intereses sobre los bienes a incorporar.

Art. 1684 *Registración. Bienes incorporados.* Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.

Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes.

I) Resumen

Como consecuencia de la obligación de cumplir con los procedimientos de registración necesarios para constituir o publicitar la transferencia de los bienes, el Código dispone que los registros correspondientes deban tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.

Se aclara que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos que producen los bienes fideicomitidos, y que los bienes ingresan por subrogación real de los frutos y productos y de los bienes que componen el patrimonio, salvo disposición contractual en contrario.

II) Concordanancias

Propiedad fiduciaria (art. 1682); efectos frente a terceros (art. 1683).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Toma de razón en los registros correspondientes*

Como consecuencia de la obligación de cumplir con los procedimientos de registración necesarios para constituir o publicitar la transferencia de los bienes al fiduciario, el Código dispone que los registros correspondientes deban tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. En vigencia de la ley 24.441 los registros correspondientes dictaron las normativas pertinentes para individualizar correctamente el carácter fiduciario de los bienes bajo titularidad del fiduciario en su carácter de tal.

III.2) *Principio de subrogación real: los frutos, productos y bienes que ingresan al fideicomiso son propiedad fiduciaria*

El Código dispone que el fiduciario adquiera la propiedad fiduciaria de los frutos y productos que producen los bienes fideicomitidos, y de los bienes que ingresan por subrogación real de los que componen el patrimonio, salvo disposición contractual en contrario.

El patrimonio fiduciario es una herramienta dinámica, en el que ingresan y salen bienes para el cumplimiento de la manda, y en el que se generan frutos y productos. La consecuencia natural es que, salvo pacto en contrario, los bienes que ingresan como contrapartida a la salida de otros, los frutos y productos que generen los bienes y los adquiridos con los mismos también ingresan al patrimonio bajo la titularidad del fiduciario.

Ése es el principio. Salvo que las partes en el contrato pacten lo contrario, esto es, que los frutos o productos, o el producto de la disposición de los bienes, tengan otro destino, por ejemplo y como es habitual, la distribución entre los beneficiarios.

III.3) *Inscripción del carácter fiduciario de los bienes subrogantes*

Si los bienes que ingresan como consecuencia de la sustitución de bienes existentes en el patrimonio, o los frutos o productos, tienen vocación registral, los registros deberán tomar razón de su carácter fiduciario, debiendo cumplir quien ruegue la inscripción con los procedimientos correspondientes para que así se proceda.

IV) **Significado de la reforma**

El Código sienta el principio de incorporación al patrimonio fiduciario de los frutos y productos generados por los bienes fideicomitidos, de los bienes que ingresan al patrimonio como consecuencia de la disposición que se realizare de otros bienes y de los adquiridos con los frutos y productos, y la necesidad de exteriorizar registralmente dicho carácter, si así lo requieren los bienes que ingresan al patrimonio. Las partes, por disposición expresa, pueden apartarse del principio.

La definición del Código asegura a los interesados la continuidad del patrimonio ante la actividad dinámica del fiduciario y la posibilidad de realización de actos de disposición y administración de los bienes bajo su gestión.

Art. 1685 *Patrimonio separado. Seguro.* Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario.

Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.

I) **Resumen**

Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio bajo titularidad del fiduciario, y están destinados a cumplir con la gestión encomendada. Para asegurar el cumplimiento del cometido, la ley les otorga la calidad de patrimonio separado de los patrimonios de cualquiera de las partes intervinientes, fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, lo que le confiere un blindaje respecto a pretensiones de sus acreedores y los constituye en la garantía de cobro de las deudas generadas por la actividad del fiduciario.

Ante la posibilidad de que las cosas que constituyen el patrimonio causen daños, el Código impone al fiduciario la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que puedan causar dichas cosas, bajo sanción de responsabilizarlo personalmente ante la ausencia de seguro.

II) **Concordancias**

Propiedad fiduciaria (art. 1682); efectos frente a terceros (art. 1683); acción por acreedores (art. 1686); deudas, liquidación (art. 1687).

III) **Interpretación de la norma**

III.1) *El principio de separación patrimonial*

El artículo 1685 del Código establece el principio de separación de los bienes que componen el patrimonio fideicomitado respecto a los bienes pertenecientes a las partes del fideicomiso, el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario. Este principio es axial en la figura, pues asegura la intangibilidad de los bienes frente a acciones de agresión patrimonial que pretendieran ejercer acreedores particulares de las partes, u otros interesados en sus bienes. El principio es desarrollado en otros artículos del Código, que comentamos adelante.

III.2) *La ruptura con el principio de unicidad del patrimonio*

El código derogado se enroló en la doctrina clásica acerca del pa-

rimonio, concibiéndolo como una unidad dinámica, formado por la totalidad de los bienes y de las deudas de una persona; se lo concibe como un atributo de la personalidad, del cual ninguna persona puede estar privada, aun el que se sitúa en la indigencia absoluta. La doctrina, con antecedentes en la pandectística alemana y Zachariae, fue concretada por Aubry y Rau²⁴¹, quienes expresaban que el conjunto de bienes del que es titular una persona es considerado por la ley una unidad, y está sujeta a su libre potestad y voluntad, cualesquiera fueren las cosas o bienes que lo formen. Del patrimonio, considerado emanación de la personalidad y expresión del poder jurídico de una persona, resulta que: las personas físicas o morales pueden tener un patrimonio; que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no tenga actualmente ningún bien; que la misma persona no puede tener más que un patrimonio. Recalcamos la noción por el notable influjo que tuvo tal concepción en la formación jurídica en nuestro país y la repulsa al reconocimiento de la posibilidad de fraccionar voluntariamente el patrimonio. De dicho principio emana la consecuencia de que dicha universalidad de derecho constituye la garantía de sus acreedores para el cobro de sus créditos, en principio sin exclusión de bienes.

Con el paso del tiempo la doctrina reconoció en ciertas disposiciones legales excepciones a la unidad del patrimonio, por ejemplo en el reconocimiento de los efectos especiales de la herencia indivisa o en el régimen de fondos de comercio, en los cuales ciertos bienes del patrimonio están destinados a satisfacer sólo a algunos acreedores.

El paso siguiente fue la admisión de que voluntariamente una persona pueda excluir ciertos bienes de su patrimonio y colocarlos en otro distinto, para el cumplimiento de fines específicos, con el efecto de que esos bienes quedan exentos de la agresión patrimonial de los acreedores del constituyente y sólo sujetos al pago de las obligaciones generadas por la actividad que motivó la separación patrimonial. La incorporación del fideicomiso, a través de la ley 24.441, reconoció esta posibilidad.

²⁴¹ AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4ª ed., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1873, t. 6, p. 229.

El principio de garantía, y la posibilidad de crear patrimonios especiales, está receptado en el artículo 242 del Código: "*Garantía común*. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaren inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran".

III.3) *La obligación de contratar seguros de responsabilidad civil por daños causados por las cosas que constituyen el patrimonio*

La ley 24.441 contenía una disposición que rezaba que si el patrimonio estaba constituido por cosas riesgosas o viciosas, la responsabilidad por daños causados con su intervención en los términos del artículo 1113 del código de Vélez se limitaba al valor de las cosas, si el fiduciario no hubiere razonablemente podido asegurarse²⁴². La disposición creó serios problemas de interpretación doctrinaria, aunque no se registraron antecedentes jurisprudenciales sobre casos encuadrados en dicha norma.

El Código modifica la disposición y determina que el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que puedan causar las cosas que forman el patrimonio. Dos aspectos son remarcables: (i) que la disposición manifiesta, ahora de manera expresa, que la contratación del seguro es una obligación del fiduciario —antes parte de la doctrina postulaba que no existía una obligación—; (ii) que el seguro debe cubrir la responsabilidad civil por daños causados por cualquier cosa, sea riesgosa o viciosa, o que no lo sea.

III.4) *Características del seguro a contratar*

El Código difiere a la reglamentación que establezca los riesgos y montos por los cuales deba contratar los seguros el fiduciario. En

²⁴² Sobre el tema v. PIZARRO, Ramón Daniel, *La responsabilidad objetiva del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de cosas fideicomitidas*, en *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, UNL, FCJS, Santa Fe, 2005.

defecto de reglamentación, deberá contratar los seguros que resulten razonables; a este fin, interpretamos, deberá considerar los riesgos involucrados y los daños que se pueden causar, a fin de contratar un seguro que deslinde al fideicomiso del peligro de verse diezmado ante un reclamo por daños.

III.5) Responsabilidad por falta de contratación de seguro

Se dispone que si el fiduciario no contrata los seguros que disponga la reglamentación o, en su caso, *los que resulten razonables*, será responsable con su propio patrimonio por los perjuicios que sufran los beneficiados por la gestión fiduciaria. Pone fin a la polémica acerca de si existía una obligación de contratación del seguro por parte del fiduciario y los efectos de su no contratación o de la contratación de un seguro insuficiente.

IV) Significado de la reforma

El Código reafirma el principio de separación patrimonial de los bienes que constituyen el fideicomiso, los que quedan separados de los bienes de las partes. El principio es esencial a la figura y constituye su característica central.

Obliga al fiduciario a la contratación de seguros contra la responsabilidad civil por daños causados por las cosas que constituyen el patrimonio, y lo hace responsable con su patrimonio personal por la ausencia de seguros o la contratación de seguros que no condigan con la normativa aplicable, lo que constituye una mayor garantía para quienes aporten bienes al fideicomiso y quienes serán sus beneficiarios.

Art. 1686 Acción por acreedores. Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal. Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor.

D) Resumen

El artículo 1686 del Código regula las facultades que tienen los acreedores de las partes sobre los bienes fideicomitidos. Como consecuencia del principio de separación patrimonial, los acreedores de ninguna de las partes pueden agredir los bienes del fideicomiso. Los acreedores de cualquiera de las partes podrán ejercer sus derechos sobre los beneficios que les correspondan y en la medida que se produzcan y distribuyan, de acuerdo a lo convenido en el contrato. Además, el Código autoriza expresamente a los acreedores de los beneficiarios y del fideicomisario a subrogarse en los derechos de éstos a fin de hacer cumplir el contrato y percibir los beneficios.

II) Concordancias

Propiedad fiduciaria (art. 1682); efectos frente a terceros (art. 1683); patrimonio separado (art. 1685).

III) Interpretación de la norma

III.1) Imposibilidad de agresión patrimonial por parte de los acreedores del fiduciario

El hecho de que los bienes fideicomitidos se encuentren bajo la titularidad del fiduciario podría derivar en interpretar que sus acreedores pudieran ejercer acciones de agresión patrimonial sobre los mismos.

El principio de separación patrimonial lo impide. El artículo lo ratifica, al vedar la posibilidad de que los acreedores del fiduciario ejerzan acciones singulares sobre los bienes que constituyen el patrimonio, o que el concurso del fiduciario abarque a los bienes bajo su gestión fiduciaria.

III.2) Acciones de los acreedores del fiduciante

Tampoco los acreedores del fiduciante pueden ejercer acciones sobre los bienes fideicomitidos, pues ya no están bajo su titularidad. Se prevé que quedan a salvo las acciones para la revocación de la transmisión, ordinarias o concursales, debiendo concurrir, para su admisión,

los requisitos generales y especiales aplicables para la revocación de cualquier acto jurídico fraudulento o ineficaz.

III.3) *Subrogación de los derechos de beneficiario y fideicomisario*

Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario, si bien no pueden agredir los bienes fideicomitados, pueden ejercer, por vía subrogatoria, los derechos de sus deudores, si éstos no ejercieran debidamente sus derechos. Aunque el Código no lo expresa, también podrán embargar los beneficios, facultad que expresamente otorgaba el artículo 15 de la ley 24.441, la que consideramos implícita en la facultad general de subrogación.

IV) **Significado de la reforma**

Se ratifica que el principio de separación patrimonial que preside al fideicomiso impide el ejercicio de acciones, individuales o colectivas, por los acreedores de las partes. Como cualquier acto otorgado en fraude de los acreedores, el Código confirma la posibilidad de revocar la transferencia de bienes al fideicomiso, si se presentan los requisitos para que la acción de fraude proceda. Aclara que se aplican las normas de la ineficacia concursal a dichas transferencias, disposición que no contenía la ley 24.441, aunque se la consideraba implícita. En relación con los derechos de los acreedores del beneficiario y del fideicomisario, se ratifica la posibilidad de subrogación en sus derechos.

Art. 1687 *Deudas. Liquidación.* Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitados. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante; el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos.

Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde.

La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

I) **Resumen**

Otra consecuencia del principio de separación patrimonial es la irresponsabilidad de las partes, fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, con sus bienes personales, por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso, salvo compromiso expreso en contrario.

Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del fiduciario, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil.

El patrimonio fideicomitado queda exento de declaración en quiebra. Ante la insuficiencia de los bienes para el pago de las deudas del fideicomiso, se procederá a su liquidación, según lo dispuesto en el contrato de fideicomiso. Si no existieren cláusulas contractuales que prevean nuevos aportes a fin de salvar la situación, la liquidación deberá realizarse por vía judicial, quedando a criterio del juez el procedimiento a aplicar, con base en las normas concursales, en tanto sean pertinentes.

II) **Concordancias**

Propiedad fiduciaria (art. 1682); efectos frente a terceros (art. 1683); patrimonio separado (art. 1685); acción por acreedores (art. 1686); deber de reparar (art. 1716); factores de atribución (art. 1721).

III) **Interpretación de la norma**

III.1) *Irresponsabilidad del fiduciario*

El fiduciario no responde con sus bienes propios por las deudas generadas en la gestión fiduciaria; es otra consecuencia del principio

CONTRATOS EN PARTICULAR

de separación patrimonial de los bienes fideicomitidos. Las deudas del fideicomiso son satisfechas con los bienes que conforman su patrimonio.

III.2) *Responsabilidad del fiduciario, si se presentan los presupuestos de la responsabilidad civil*

El Código incorpora una norma expresa, que determina la responsabilidad personal del fiduciario si causare daños a las partes o a terceros por la inexecución de las obligaciones contractuales o deberes legales que debe cumplir en su actividad. En vigencia de la ley 24.441 se discutió si el fiduciario podía ser responsabilizado por daños causados en su gestión. La cuestión queda concluida con la disposición expresa que lo prevé.

III.3) *Irresponsabilidad del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario*

Tampoco el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario responden con sus bienes por las deudas del fideicomiso. El Código prevé que se puede pactar que beneficiario o fideicomisario garanticen las deudas del fideicomiso. No existe igual previsión en relación al fiduciario, quien no puede otorgar garantías propias al fideicomiso, para evitar contraposición de intereses.

III.4) *Insuficiencia de los bienes*

Si los bienes del fideicomiso son insuficientes para pagar las obligaciones exigibles del fideicomiso, el patrimonio fiduciario no puede ser incluido en un proceso concursal. Si bien el Código, en forma idéntica a la ley 24.441, expresa que no puede ser declarado en quiebra, lógicamente no podrá presentarse su concurso preventivo, pues su fracaso derivaría en la quiebra. La alocución "insuficiencia de bienes" debe ser interpretada como estado de cesación de pagos, en los términos de la ley concursal.

Ante esta situación, el contrato puede prever que fiduciante o beneficiario (incluimos al fideicomisario) provean los recursos necesarios para zanjar la situación de insuficiencia financiera.

Si no existiera tal previsión contractual, o fracasare este recurso, el fiduciario deberá pedir la liquidación judicial. El juez determinará el procedimiento aplicable, en base a las normas previstas por los concursos y quiebras, en lo que sean pertinente. La clase de fideicomiso de que se trate, los bienes involucrados, la cantidad de beneficiarios y acreedores involucrados, serán parámetros para la definición del procedimiento que el juez aplicará para la liquidación.

IV) **Significado de la reforma**

El Código ratifica que los bienes personales de las partes, fiduciante, fiduciario, beneficiario o fideicomisario, no responden por las deudas del fideicomiso, las que serán satisfechas con los bienes que componen el patrimonio fiduciario.

Se prevé la posibilidad de que existan cláusulas contractuales por las cuales se pacte la garantía de alguna de las partes por las deudas del fideicomiso. La garantía no puede ser otorgada por el fiduciario.

Se confirma que el patrimonio fiduciario no es sujeto concursable, al impedirse su declaración en quiebra. El contrato puede prever que, ante el estado de insuficiencia patrimonial (cesación de pagos), las partes provean de recursos para salvar la situación.

El Código, en disposición novedosa, dispone que ante la inexistencia de tal cláusula, o el fracaso de la provisión de nuevos recursos, el fiduciario deba pedir la liquidación del patrimonio, por vía judicial, y que el juez determine el procedimiento aplicable. Esta norma salva problemas de interpretación acerca de la posibilidad de pedir la liquidación judicial del fideicomiso, existente con la ley 24.441.

Art. 1688 *Actos de disposición y gravámenes.* El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario.

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables.

Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario. Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el artículo 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso.

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma.

I) Resumen

El artículo 1688 deslinda cuáles son las facultades que tiene el fiduciario sobre los bienes que conforman el patrimonio. El principio es que tiene amplios poderes de administración y disposición, dentro de los límites que le fijan los fines para los cuales fue constituido el fideicomiso y las cláusulas contractuales convenidas. El Código aclara que se puede incluir una cláusula de no enajenación de los bienes. Los límites contractuales no son oponibles a terceros que hubieren contratado de buena fe sobre dichos bienes. Se determina que si son varios fiduciarios, se configura un condominio, razón por la cual todos deben concurrir a realizar los actos de disposición sobre los bienes, salvo pacto en contrario; se aclara que ninguno de los condóminos puede pedir la partición. Todos los actos realizados por el fiduciario de conformidad con la norma son válidos y oponibles a las partes y a terceros.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); forma (art. 1669); fiduciario (art. 1673); pauta de actuación, solidaridad (art. 1674); dispensas prohibidas (art. 1676); excepciones a la normativa general (art. 1703); facultades (art. 1704).

III) Interpretación de la norma

III.1) Facultades del fiduciario. Principio

La norma reconoce las facultades de disposición del fiduciario, mas

determina dos límites: 1) que la disposición esté requerida por los fines del fideicomiso (límite teleológico); 2) que se hubiese pactado la necesidad del consentimiento del fiduciante o del beneficiario (límite técnico).

Además, el acto constitutivo puede determinar otras limitaciones a las facultades del fiduciario.

III.2) Límite teleológico (transmisión requerida por los fines del fideicomiso)

a) *Las normas implicadas.* El fiduciario está legitimado para disponer los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso. El artículo 1705, que regula los efectos de la reversión de los bienes al antiguo propietario en el dominio fiduciario, determina que "La extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso..." Estaremos en tal caso ante una prohibición de enajenar.

b) *Naturaleza de la prohibición.* Una primera cuestión que plantea la norma es qué tipo de prohibición contiene: una prohibición con efectos reales que coloca a la cosa fuera del comercio (art. 234 del Código), siendo la enajenación inválida si se viola la prohibición, o una prohibición con efectos personales, siendo válida la enajenación, sin perjuicio de la responsabilidad que genere. En vigencia de la ley 24.441 se pronunciaban por la naturaleza real de la prohibición López de Zavallía y Kiper y Lisoprawski. Nosotros estimamos que la violación a la restricción de disponer los bienes sólo cuando los fines del fideicomiso lo requieran, y siempre que se den las demás condiciones para que se pueda perseguir al tercero adquirente (gratuidad de la transmisión o mala fe del adquirente a título oneroso), el beneficiario o el fideicomisario tendrán acciones personales para obtener la restitución del bien al patrimonio fiduciario²⁴³.

El Código aclara, ahora, que las limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario, norma con la cual se determina la naturaleza personal del límite.

²⁴³ V. MÁRQUEZ, *Fideicomiso* cit., ps. 81 y ss.

CONTRATOS EN PARTICULAR

c) *Condiciones para que la transmisión sea válida.* La limitación está dada por "los fines del fideicomiso". Determinar cuándo el fiduciario está actuando para cumplir la encomienda encargada (dentro de los fines del fideicomiso) será una cuestión de hecho, que dependerá de cada fideicomiso. Sin embargo, la cuestión es central para el adquirente, pues si la transferencia fue realizada en violación a los fines, el bien volverá al patrimonio fiduciario, frustrándose el negocio. Un primer examen impone el conocimiento por parte del adquirente del carácter de fiduciario del transmitente. El Código impone la registración del contrato de fideicomiso, requisito del cual surge la necesidad del adquirente de consultar las cláusulas vigentes del contrato. Esta necesidad será ineludible si el negocio es de importancia y recae sobre bienes que constituyan su núcleo (por ejemplo, el inmueble sobre el que se desarrolla el negocio), y será innecesario si se trata de negocios de menor importancia, que hacen al giro negocial habitual. Superado este primer análisis, si se trata de bienes muebles, serán aplicables las presunciones prescriptas por los artículos 1895 y concordantes del Código, pues el adquirente puede no conocer el carácter de fiduciario. Si se trata de inmuebles u otros bienes registrables, del registro surgirá el carácter de fiduciario del transmitente y el adquirente no podrá desconocer con quien está contratando. Sean muebles, inmuebles o cualquier otro bien, si el adquirente conoce el carácter de fiduciario, además se deberá realizar un segundo examen a fin de calificar la validez de la enajenación: se deberá determinar si la transmisión consulta los fines perseguidos por el fideicomiso. En la doctrina argentina, al interpretar similar limitación que contenía la ley 24.441, había coincidencia en que, para lograr la revocación del acto, era necesario probar el conocimiento por parte del tercero adquirente —con matices en algunas posiciones respecto a los actos a título gratuito—.

Por ello ha de entenderse que hay que distinguir las distintas posibilidades que pueden presentarse. Para que la transmisión sea inválida debe probarse que el adquirente sabía, o debía saber actuando diligentemente, que quien transfería era titular fiduciario y que sabía, o debía saber, que el fiduciario estaba actuando exorbitando los fines del fideicomiso. No es posible que la mera existencia de la cláusula

violada torne al adquirente como de mala fe; dependerá de las circunstancias y de los bienes sobre los que contrató.

La solución a esta difícil cuestión pasa por sopesar los dos intereses en juego: el de los terceros adquirentes de los bienes fideicomitados, a quienes no se puede exigir una diligencia más allá de la normal en la averiguación de la legitimidad de la transmisión, y el de los interesados en la integridad del patrimonio fiduciario, a quienes no se puede desproteger mediante una regla laxa que pregone la licitud de toda transferencia realizada por el fiduciario con la simple condición de hacerse saber fiduciario.

III.3) *Límite técnico (necesidad de consentimiento del fiduciante o del beneficiario)*

a) *Principio. Innecesidad de consentimientos adicionales.* El principio sentado por la ley es que no son necesarios los consentimientos de fiduciante o beneficiario (agregamos fideicomisario) para los actos de disposición de los bienes fideicomitados. La solución es lógica desde una visión estrictamente jurídica: al ser propietario de los bienes, se encuentra legitimado para disponer de ellos sin el concurso de terceros. Y es necesaria económicamente, pues precisamente el fin perseguido es delegar la administración al fiduciario, con facultades de propietario.

b) *Previsión de la limitación técnica.* Esta limitación juega exclusivamente cuando ha sido prevista en el contrato de fideicomiso. A falta de previsión expresa, no media limitación alguna.

c) *Naturaleza de la limitación.* Si en el contrato se fija la necesidad del consentimiento de fiduciante o fiduciario, se debe determinar qué naturaleza tiene la limitación, a fin de fijar sus efectos. Creemos que la solución no difiere, en cuanto a los principios aplicables, de los expuestos al tratar la limitación de la disposición en cuanto fuese necesario para cumplir los fines del fideicomiso, con el agregado en este caso, muchas veces dirimente, de que la prohibición no generará, en general, dudas interpretativas. Si se trata de inmuebles, bienes registrables, u otros que deban transmitirse por escritura pública aunque no se registren, no nos caben dudas de que el tercero deberá inquirir

en el instrumento portante del derecho la existencia de la limitación en estudio. Si no lo hiciera, y hubiese sido necesaria la autorización, la enajenación será inválida, sea porque se la considere incluida en un supuesto de inenajenabilidad relativa, sea porque se tilde al adquirente como de mala fe, al no haber actuado con la diligencia exigible a fin de comprobar la inexistencia de limitaciones.

Con respecto a la naturaleza de la acción de la que disponen beneficiario y fideicomisario en contra del fiduciario y del tercer adquirente, nos pronunciamos porque se trata de una acción personal, de nulidad del acto. Creemos que no están legitimados para solicitar la reivindicación de los bienes transferidos en violación de su encargo; el fideicomisario carece de dominio, y ello le impide la promoción de acciones reales.

III.4) Otras limitaciones contractuales

a) *Cláusulas que limitan las facultades del fiduciario.* En tanto no se violen normas imperativas, el contrato puede prever otras limitaciones a la facultad de disponer por parte del fiduciario.

b) *Prohibición de enajenar.* Durante la vigencia de la ley 24.441, especial atención mereció la cláusula que prohíbe la enajenación por parte del fiduciario.

Kiper y Lisoprawski se pronunciaban por la nulidad de esta cláusula, pues dicha prohibición no se encontraba legalmente reconocida, era violatoria de normas de orden público que las prohibirían (arts. 1364 y 2612 del código de Vélez) y carecía de entidad para impedir la enajenación. Por nuestra parte compartimos la posición que propugnaba la validez de la cláusula de no enajenación de los bienes dados en fideicomiso, si los fines del fideicomiso así lo imponían.

No compartíamos los argumentos de la otra posición pues: (i) no resultaban aplicables al fideicomiso las reglas previstas para el dominio, pues juzgamos que los fines perseguidos con la prohibición de la cláusula en materia de dominio no eran transmutables al dominio fiduciario, y (ii) no se trataba en el marco del fideicomiso de vedar la circulación de la riqueza, menoscabando el interés y el potencial aprovechamiento del dueño de la cosa; por el contrario, el fideicomiso es en sí mismo

un mecanismo de dinamización patrimonial que puede ser compatible e incluso requerir forzosamente para su adecuado funcionamiento una cláusula de no enajenar.

Concluimos en que una cláusula de esta naturaleza podía jugar un relevante rol preventivo a favor del fideicomisario, asegurando que en determinados fideicomisos (por caso, de administración) el fiduciario no transfiera a terceros los bienes fideicomitados, apañándose en alguna reticencia instrumental o en algún defecto de formalización que haga incognoscible al tercero adquirente los fines del fideicomiso, tomando inoponible la ilegitimidad de la transmisión.

El Código ha aclarado el punto, admitiendo expresamente que el contrato de fideicomiso puede incluir la cláusula de no enajenar.

III.5) Extensión de las facultades del fiduciario

El principio es que el fiduciario tiene amplio poder de disposición, quedando comprendida la facultad de transferir la propiedad de los bienes fideicomitados, no rigiendo una limitación por la cual el fiduciario sólo podría transferir un dominio también fiduciario.

Las limitaciones a la constitución de otros derechos reales estarán sujetas a los mismos principios y soluciones propuestas para la enajenación de los bienes.

III.6) Existencia de varios fiduciarios.

Imposibilidad de pedir la partición

Si son varios los fiduciarios, todos deberán concurrir a los actos de disposición, salvo convención en contrario.

El Código aclara que ninguno de los fiduciarios puede pedir la partición del patrimonio si no se da una causal de extinción.

IV) Significado de la reforma

El Código ha deslindado las facultades de disposición del fiduciario sobre los bienes fideicomitados, las limitaciones, legales y convencionales, a dichas facultades y los efectos respecto a terceros, dando un

marco de mayor seguridad a quienes contratan con el fideicomiso y a los beneficiados con la gestión fiduciaria.

Art. 1689 Acciones. El fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario.

El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo haga sin motivo suficiente.

D) Resumen

El fiduciario, como titular de los bienes fideicomitidos, está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa del fideicomiso, en contra de las partes o de terceros. Si no lo hiciera, cualquiera de las otras partes puede ejercer las acciones, con autorización judicial.

II) Concordancias

Pauta de actuación, solidaridad (art. 1674); propiedad fiduciaria (art. 1682).

III) Interpretación de la norma

III.1) Ejercicio de acciones por el fiduciario

El fiduciario es el titular de los bienes fideicomitidos y, en tal carácter, tiene la facultad y el deber de ejercer todas las acciones que correspondan para conducir la gestión encomendada. El Código aclara que puede accionar en contra de terceros –verbigracia, para perseguir el cobro de créditos de los cuales sea titular el fideicomiso, en contra de quien alegare derechos sobre los bienes o los ocuparen ilegalmente, para obtener el desalojo de bienes arrendados–, o de las propias partes para que cumplan con las obligaciones pactadas a favor del fideicomiso –verbigracia, aportes prometidos y no realizados, obtener la escrituración de bienes aportados–.

III.2) Subrogación en el ejercicio de las acciones

Cualquiera de las demás partes, en tanto interesadas en el cumplimiento de las mandas, puede solicitar al juez la autorización para ejercer las acciones en defensa del patrimonio fiduciario, en tanto no las ejerza el fiduciario. Serán aplicables las normas de la acción subrogatoria (arts. 739 a 742 del Código).

IV) Significado de la reforma

Se aclara que el fiduciario puede ejercer cualquiera y todas las acciones que correspondan para conducir la gestión encomendada, sea contra terceros o contra las demás partes del fideicomiso, y que cualquiera de éstos podrán subrogarse en los derechos del fiduciario para ejercerlas.

SECCIÓN 4ª

FIDEICOMISO FINANCIERO

Art. 1690 Definición. Fideicomiso financiero es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

D) Resumen

Las Secciones 4ª, 5ª y 6ª del Capítulo 30 están dedicadas a la regulación del fideicomiso financiero, instrumento propio (aunque no exclusivo) del mercado de valores, con particularidades que merecen un tratamiento diferenciado. Está caracterizado porque el fiduciario es una persona jurídica especializada en este tipo de negocios, y los beneficios están instrumentados en títulos valores.

II) Concordancias

Definición de contrato de fideicomiso (art. 1666); beneficiario (art. 1671); fiduciario (art. 1673); títulos valores, ofertas al público (art. 1691).

III) Interpretación de la norma

El fideicomiso financiero es una clase de fideicomiso que se caracteriza por dos elementos: a) el fiduciario es una persona jurídica especializada. En razón de que el fideicomiso financiero es utilizado para canalizar inversiones del público en general, se confía la gestión exclusivamente a entidades financieras o sociedades autorizadas especialmente por el organismo de contralor de los mercados de valores (en la actualidad la Comisión Nacional de Valores) para actuar como fiduciarios financieros; b) los derechos de quienes obtendrán los beneficios sobre el patrimonio (que el Código llama genéricamente "beneficiarios") están instrumentados en títulos valores garantizados con los bienes fideicomitados, que pueden ser cotizables en el mercado de valores (condición no necesaria).

Todo fideicomiso que no sea financiero, por no reunir estas características, es denominado ordinario, y estará exento de las regulaciones especiales mencionadas.

IV) Significado de la reforma

El Código reserva para ciertas personas jurídicas la posibilidad de actuar como fiduciarios cuando los beneficios se instrumenten en títulos valores, constituyendo un fideicomiso financiero. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 1691, ahora los beneficios podrán instrumentarse en títulos valores típicos o atípicos, cotizables o no.

Art. 1691 *Títulos valores. Ofertas al público.* Los títulos valores referidos en el artículo 1690 pueden ofrecerse al público en los términos de la normativa sobre oferta pública de títulos valores. En ese supuesto, el organismo de contralor de los mercados de valores debe ser autoridad de aplicación respecto de los fidei-

comisos financieros, quien puede dictar normas reglamentarias que incluyan la determinación de los requisitos a cumplir para actuar como fiduciario.

D) Resumen

En el fideicomiso los derechos de beneficiarios y fideicomisarios se instrumentan en títulos valores, los que pueden ofrecerse al público, en los términos de la normativa sobre oferta pública de valores. Si así lo dispusiera el contrato, el fideicomiso deberá ser autorizado y controlado por el organismo de contralor de los mercados de valores.

II) Concordancias

Definición de fideicomiso financiero (art. 1690); clases, series (art. 1694); concepto de títulos valores (art. 1815); libertad de creación (art. 1820).

III) Interpretación de la norma

Caracteriza a los fideicomisos financieros que los beneficios previstos por la gestión fiduciaria estén instrumentados en títulos valores. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1820 del Código, el emisor —que puede ser el propio fiduciario o un tercero— puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija, pero si se trata de títulos valores abstractos, no regulados por la ley y destinados a oferta pública, deberá cumplir con las disposiciones pertinentes del organismo de contralor de los mercados de valores.

El mercado de valores, organismo de contralor, es la autoridad de aplicación de la creación de fideicomisos financieros cuyos títulos se ofrezcan al público, y determina los requisitos de organización y solvencia que deben llenar los fiduciarios que intervengan en estos fideicomisos.

IV) Significado de la reforma

El Código aclara que los fideicomisos financieros pueden emitir cualquier clase de títulos valores, de acuerdo a lo dispuesto por el

artículo 1820 del Código, pero si están destinados a ofertas públicas, tanto la creación y la emisión de los títulos, cuanto las personas jurídicas fiduciarias, quedan bajo la autorización y control del organismo de control de los mercados de valores (Comisión Nacional de Valores).

Art. 1692 *Contenido del contrato de fideicomiso financiero.* Además de las exigencias de contenido generales previstas en el artículo 1667, el contrato de fideicomiso financiero debe contener los términos y condiciones de emisión de los títulos valores, las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios que incluyan las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero.

I) Resumen

El contrato de fideicomiso financiero debe contener las cláusulas generales de todo tipo de fideicomiso y, además, como mínimo, la denominación o identificación del fideicomiso, los términos y condiciones de emisión de los títulos valores y las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); asambleas (art. 1695); cómputo (art. 1696).

III) Interpretación de la norma

El Código fija contenidos mínimos para el fideicomiso financiero, tendientes a otorgar seguridad y certeza a los inversores que suscriban los títulos valores emitidos: la denominación o identificación del fideicomiso, los términos y condiciones de emisión de los títulos valores y las reglas de adopción de decisiones por parte de los beneficiarios. La Comisión Nacional de Valores regula detalladamente estas cuestiones en su normativa propia, aplicable cuando los títulos valores son motivo de oferta pública.

IV) Significado de la reforma

Se determinan contenidos mínimos para los contratos de fideicomiso financiero, adicionales a los generales para cualquier contrato de fideicomiso, tendientes a otorgar información adecuada y derecho a participar en las decisiones a quienes invierten en esta clase de títulos.

SECCIÓN 5ª

CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN Y TÍTULOS DE DEUDA

Art. 1693 *Emisión y caracteres. Certificados globales.* Sin perjuicio de la posibilidad de emisión de títulos valores atípicos, en los términos del artículo 1820, los certificados de participación son emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda pueden ser al portador, nominativos endosables o nominativos no endosables, cartulares o escriturales, según lo permita la legislación pertinente. Los certificados deben ser emitidos sobre la base de un prospecto en el que consten las condiciones de la emisión, las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, y la descripción de los derechos que confieren.

Pueden emitirse certificados globales de los certificados de participación y de los títulos de deuda, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se consideran definitivos, negociables y divisibles.

I) Resumen

El artículo 1693 regula las características que pueden tener los títulos valores emitidos en el marco de un fideicomiso financiero. El principio es la libertad de creación de títulos (art. 1820 del Código). Sin perjuicio de ello, los títulos valores característicos, certificados de participación y títulos de deudas son regulados por la norma.

II) Concordancias

Definición de fideicomiso financiero (art. 1690); títulos valores (art. 1691); concepto de títulos valores (art. 1815); libertad de creación (art. 1820).

III) Interpretación de la norma**III.1) Posibilidad de emisión de títulos valores atípicos**

Se otorga la posibilidad de emitir, en el marco de un fideicomiso financiero, títulos valores atípicos, en los términos del artículo 1820 del Código. Recordamos que si estos títulos se ofrecerán al público quedan sujetos a la regulación del organismo de contralor de los mercados de valores.

III.2) Certificados de participación y títulos de deuda

a) Los títulos valores característicos de los fideicomisos financieros son los certificados de participación (que dan derecho a participar en el producto final del fideicomiso) y los títulos de deuda (que titulizan derecho a reclamar el pago de rentas dinerarias).

b) *Emisores.* Los certificados de participación son emitidos por el fiduciario y los títulos representativos de deuda pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros. Tienen como garantía de pago al patrimonio fideicomitado.

c) *Condiciones de emisión.* Los títulos pueden ser al portador, nominativos endosables o nominativos no endosables, cartulares o escriturales, según lo permita la legislación vigente. En la actualidad sólo se permite la emisión de títulos nominativos no endosables (ley 24.587). Las condiciones de emisión deben constar en un prospecto en el que se fijen las características de los títulos y los derechos que confieren. Se aclara que pueden emitirse certificados globales, para su inscripción en regímenes de depósitos colectivos, los que se consideran definitivos, negociables y divisibles.

IV) Significado de la reforma

El Código establece que en el marco de un fideicomiso financiero se pueden emitir títulos valores atípicos, y las características que deben y pueden tener los títulos característicos que se emiten, certificados de participación y títulos de deuda.

Art. 1694 Clases. Series. Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación o títulos representativos de deuda, con derechos diferentes. Dentro de cada clase se deben otorgar los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series. Los títulos representativos de deuda dan a sus titulares el derecho a reclamar por vía ejecutiva.

I) Resumen

Se determina que los títulos emitidos pueden dividirse en clases, con diferentes derechos otorgados a una clase con respecto a otra, que los títulos pueden emitirse en series, y se otorga vía ejecutiva para el cobro de las prestaciones que contienen.

II) Concordancias

Títulos valores (art. 1691); contenido del contrato de fideicomiso financiero (art. 1692); emisión y caracteres, certificados globales (art. 1693); concepto de títulos valores (art. 1815); libertad de creación (art. 1820).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1694 determina que los títulos emitidos en el marco de un fideicomiso financiero pueden dividirse en clases, con diferentes derechos otorgados a una clase con respecto a otra. Verbigracia, pueden existir títulos con mejor rendimiento financiero, pero con plazos de amortización más largos, o con derechos de cobro subordinados a otra clase de títulos.

Dentro de la misma clase, los títulos deben tener los mismos de-

rechos. Los títulos pueden emitirse en diversas series, lo que permite su colocación en distintos momentos y según las condiciones de mercado.

Los beneficiarios pueden perseguir el cobro de los derechos instrumentados en los títulos a través de la vía ejecutiva, con el fin de otorgar celeridad al procedimiento de cobro.

IV) Significado de la reforma

El Código fija normas para otorgar la posibilidad de diversas clases en una misma especie de títulos, con derechos diferentes, y la posibilidad de emitir los títulos en distintas series. Es relevante el otorgamiento de título ejecutivo a los títulos emitidos por los fideicomisos financieros.

SECCIÓN 6ª

ASAMBLEAS DE TENEDORES DE TÍTULOS REPRESENTATIVOS DE DEUDA O CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN

Art. 1695 *Asambleas.* En ausencia de disposiciones contractuales en contrario, o reglamentaciones del organismo de contralor de los mercados de valores, en los fideicomisos financieros con oferta pública las decisiones colectivas de los beneficiarios del fideicomiso financiero se deben adoptar por asamblea, a la que se aplican las reglas de convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías de las sociedades anónimas, excepto en el caso en que se trate la insuficiencia del patrimonio fideicomitado o la reestructuración de sus pagos a los beneficiarios. En este último supuesto, se aplican las reglas de las asambleas extraordinarias de sociedades anónimas, pero ninguna decisión es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación.

I) Resumen

Todo contrato de fideicomiso financiero debe contener las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios (art. 1692). Sin perjuicio de esta disposición general, el artículo 1695 determina

que, en ausencia de estas disposiciones o de reglamentaciones especiales del organismo de control, en los fideicomisos financieros con oferta pública de sus títulos las decisiones colectivas de los beneficiarios deben adoptarse en asamblea, siéndoles aplicables las reglas de las asambleas de las sociedades anónimas y fija mayorías especiales cuando el tema a resolver se vincule con la insuficiencia del patrimonio o la reestructuración de los pagos a los beneficiarios.

II) Concordancias

Contenido del contrato de fideicomiso (art. 1667); contenido del contrato de fideicomiso financiero (art. 1692); cómputo (art. 1696).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Decisiones colectivas de los beneficiarios. Disposiciones contractuales y reglamentaciones especiales*

Todo contrato de fideicomiso financiero debe contener las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios (art. 1692).

El artículo 1695 ratifica que, en los fideicomisos con oferta pública de sus títulos, las disposiciones contractuales del fideicomiso financiero serán las que determinen los procedimientos de toma de decisiones colectivas de los beneficiarios, las que deberán estar, en su caso, en acuerdo con disposiciones especiales del organismo de control.

La ley 24.441 fijaba reglas sólo para el supuesto de insolvencia del patrimonio, las que se amplían ahora a cualquier tipo de decisión que deban tomar los beneficiarios tenedores de títulos.

III.2) *Ausencia de disposiciones contractuales y reglamentaciones especiales. Supuestos generales*

Si no existieren disposiciones contractuales específicas, ni reglamentaciones de la autoridad de control, el Código determina que toda decisión colectiva de los beneficiarios debe adoptarse en asamblea, cuyo funcionamiento en cuanto a convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías se regirá por las reglas de la sociedad anónima. En la actualidad se aplican las disposiciones del apartado 5º (*De las asam-*

bleas de accionistas) de la Sección 5ª (De la sociedad anónima) del Capítulo II (De las sociedades en particular) de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales.

III.3) Mayorías en caso de insolvencia o reestructuración de pagos

Si los temas a tratar en la asamblea fueran la insolvencia del patrimonio fideicomitido o la reestructuración de los pagos a los beneficiarios, el Código impone la aplicación de las reglas de la asamblea extraordinaria de las sociedades anónimas y el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación para tomar cualquier decisión.

IV) Significado de la reforma

El Código incorpora reglas para la toma de decisiones colectivas de los beneficiarios de los títulos emitidos por un fideicomiso financiero, innovando en relación a la ley 24.441, la que sólo preveía normas para el supuesto de insolvencia del patrimonio fideicomitido. Se aplican las normas de las asambleas de las sociedades anónimas, fijando mayorías especiales para temas centrales, la insolvencia y la reestructuración de pagos de los títulos.

Art. 1696 Cómputo. En el supuesto de existencia de títulos representativos de deuda y certificados de participación en un mismo fideicomiso financiero, el cómputo del quórum y las mayorías se debe hacer sobre el valor nominal conjunto de los títulos valores en circulación. Sin embargo, excepto disposición en contrario en el contrato, ninguna decisión vinculada con la insuficiencia del patrimonio fideicomitido o la reestructuración de pagos a los beneficiarios es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos representativos de deuda emitidos y en circulación, excluidos los títulos representativos de deuda subordinados.

I) Resumen

El artículo 1696 resuelve el modo de cómputo de las mayorías para la toma de decisiones en las asambleas, en especial los supuestos de insuficiencia del patrimonio o reestructuración del pago de títulos.

II) Concordancias

Contenido del contrato de fideicomiso (art. 1667); contenido del contrato de fideicomiso financiero (art. 1692); asambleas (art. 1695).

III) Interpretación de la norma

Para la toma de decisiones en las asambleas debe computarse la totalidad de los títulos valores emitidos y en circulación, a su valor nominal; se computan los títulos de deuda, los certificados de participación y cualquier otra clase de título emitido. Si en la asamblea se trata la insuficiencia patrimonial para afrontar las deudas del fideicomiso, o la reestructuración de pagos de títulos representativos de deuda, será necesario el voto de las tres cuartas partes de los títulos emitidos (art. 1695, último supuesto), mayoría que deberá contener, además, el voto favorable de las tres cuartas partes de los títulos representativos de deuda emitidos y en circulación, excluidos los títulos de esta clase subordinados.

IV) Significado de la reforma

El Código fija el modo de cómputo de las mayorías, asegurando la participación de todos los tenedores de títulos, y protege de manera especial a los titulares de títulos representativos de deudas cuando la decisión se refiera a sus derechos.

SECCIÓN 7ª

EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Art. 1697 Causales. El fideicomiso se extingue por:

- a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal;

- b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda;
- c) cualquier otra causal prevista en el contrato.

D) Resumen

El contrato puede fijar diversas causales de extinción del fideicomiso. El Código establece dos: el cumplimiento del plazo (en su caso el máximo legal de 30 años) o el cumplimiento del hecho condicionante al cual se ha sometido, y la revocación del fiduciante, si se ha reservado este derecho.

II) Concordancias

Definición del contrato de fideicomiso (art. 1666); contenido (art. 1667); plazo, condición (art. 1668).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Extinción por acaecimiento de la causal prevista en el contrato*

El contrato del fideicomiso puede fijar diversas causales de extinción. Por lo general se extinguirá con el cumplimiento de la gestión encomendada o la imposibilidad de cumplimiento (en su caso dentro de un plazo determinado).

III.2) *Extinción por cumplimiento del plazo o cumplimiento del hecho condicionante*

La propiedad fiduciaria es esencialmente modalizada, debiendo siempre estar sujeta a un plazo o a una condición. Si se produce el vencimiento del plazo (el que no puede exceder de 30 años) o acaece el hecho condicionante, el fideicomiso se extingue, y debe procederse a la transferencia de los bienes remanentes al fideicomisario.

III.3) *Revocación*

Un supuesto particular se produce cuando en el contrato el fiduciante se ha reservado el derecho de revocar la transferencia. Si no hay previsión expresa, el fideicomiso es irrevocable.

Si el fiduciante revoca el fideicomiso, el contrato determinará el destino de los bienes remanentes, pero la revocación no tiene efectos retroactivos, con lo cual quedan a salvo los actos de administración y disposición realizados dentro de los límites de actuación del fiduciario.

El Código prevé una norma especial para los fideicomisos financieros, los que no pueden ser revocados después de que haya iniciado la oferta pública de los títulos valores a emitir.

IV) Significado de la reforma

El Código aclara los efectos de la revocación del fideicomiso por el fiduciante, otorgando seguridad a terceros y beneficiarios.

Art. 1698 *Efectos.* Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan.

D) Resumen

La extinción del fideicomiso produce la finalización de la propiedad del fiduciario y la obligación de transmitir los bienes al fideicomisario, con la entrega, el otorgamiento de los instrumentos e inscripciones pertinentes.

II) Concordancias

Contenido (art. 1667); fideicomisario (art. 1672); dominio fiduciario, definición (art. 1701); irretroactividad (art. 1705); efectos (art. 1707).

III) Interpretación de la norma

La extinción del fideicomiso produce la finalización de la propiedad del fiduciario y la obligación de transmitir los bienes al fideicomisario o, en su caso, a sus sucesores, si la transmisión del derecho del fideicomisario no estuviere prohibida en el contrato.

El fiduciario deberá cumplir con el otorgamiento de títulos y modos necesarios, según cada clase de bienes, para la transferencia de la plena propiedad, y realizar las inscripciones correspondientes a los fines de la publicidad.

IV) Significado de la reforma

El Código puntualiza que la extinción del fideicomiso implica para el fiduciario la obligación de realizar todos los actos necesarios para la transferencia de la propiedad de los bienes y su adecuada publicidad con respecto a terceros.

SECCIÓN 8ª

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO²⁴⁴

Art. 1699 Reglas aplicables. El fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaci-ones requeridas por el artículo 1667.

Se aplican los artículos 2448 y 2493 y las normas de este Ca-pítulo; las referidas al contrato de fideicomiso deben enten-derse relativas al testamento.

En caso de que el fiduciario designado no acepte su designación se aplica lo dispuesto en el artículo 1679.

El plazo máximo previsto en el artículo 1668 se computa a partir de la muerte del fiduciante.

D) Resumen

La Sección 8ª del Capítulo 30 regula cuestiones atinentes al fidei-

²⁴⁴ Véase sobre el tema: KIPER, Claudio y LISOPRAWski, Silvio V., *Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial*, en L. L. 2015-A-778.

comiso cuando es constituido por testamento. En general, remite a las normas del fideicomiso contractual en cuanto a los contenidos, de-biendo atenerse a las formas de los testamentos para determinar las formas a llenar.

II) Concordancias

Definición de contrato de fideicomiso (art. 1666); contenido (art. 1667); fiduciario (art. 1673); sustitución del fiduciario (art. 1679); me-jora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448); requisitos for-males de los testamentos (art. 2473); requisitos del testamento ológrafo (art. 2477); requisitos del testamento por acto público (art. 2479); fi-deicomiso testamentario (art. 2493).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El testamento como fuente del fideicomiso. Forma y contenido*

El fideicomiso puede ser constituido por testamento, el que se for-mará después de la muerte del testador con los bienes que destine y con el fin que determine en dicho instrumento.

Las formas de los testamentos están reguladas en el Capítulo 2 (*For-mas de los testamentos*), Título XI (*Sucesiones testamentarias*), del Libro Quinto (*Transmisión de derechos por causa de muerte*) del Código.

El testamento deberá contener las mismas disposiciones necesarias para la constitución de un fideicomiso por contrato.

III.2) *Normas aplicables al fideicomiso testamentario*

Se dispone que las normas relativas al fideicomiso contractual son aplicables al fideicomiso testamentario. El testamento podrá recaer sobre toda la herencia, una parte de ella u objetos particulares, y de-signarse fiduciarios, beneficiarios y fideicomisarios del mismo modo que si se lo hiciera a través de un contrato.

Serán aplicables, además, las disposiciones pertinentes del régimen de transferencia de bienes por causa de muerte, especialmente las re-lativas a la sucesión testamentaria.

III.3) *Dos normas específicas: limitación a la legítima y fideicomisos a favor de incapaces*

El Código remite expresamente a dos normas ubicadas en el Libro Quinto, los artículos 2448 y 2493.

a) El artículo 2493 ratifica que el testador puede testar sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, constituyendo un fideicomiso y estableciendo instrucciones al heredero o legatario respecto de esos bienes.

El Código no determina si el encargado de constituir el fideicomiso deberá celebrar un contrato de fideicomiso con el fiduciario, o si el testamento es título suficiente para la transferencia y constitución. Las dos posiciones fueron postuladas por la doctrina en vigencia de la ley 24.441, la que tampoco aclaraba el punto. Entendemos que el testamento es título suficiente para la constitución del fideicomiso.

La norma ratifica que a través del fideicomiso no puede violarse la legítima, clarificando así la duda que parte de la doctrina había planteado en vigencia de la anterior normativa.

b) El artículo 2448 abre una muy interesante posibilidad de utilización del fideicomiso. Prevé que, existiendo entre los herederos descendientes o ascendientes con discapacidad, el causante podrá disponer una mejora de un tercio de las porciones legítimas, además de la porción disponible, para aplicarlas como mejora estricta para dichos herederos.

Considera persona con discapacidad, a estos efectos, a quien "padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

A este fin, el Código enumera de manera expresa al fideicomiso (entre los medios que estime convenientes), instrumento que, por sus características, es un medio adecuado para la protección perseguida.

III.4) *Cómputo del plazo máximo*

El Código aclara que el plazo máximo de 30 años (salvo que el fideicomiso esté constituido en beneficio de incapaces) se computa a partir de la muerte del testador.

IV) Significado de la reforma

El Código clarifica cuestiones vinculadas al fideicomiso financiero, declarando la aplicabilidad de las reglas del fideicomiso contractual, además de las propias incluidas en la sección.

La norma que otorga la posibilidad de mejorar a herederos incapaces nombra especialmente al fideicomiso como vehículo para instrumentar la mejora, lo que demuestra la eficacia de la figura.

Art. 1700 *Nulidad.* Es nulo el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

D) Resumen

El artículo 1700 declara la nulidad de la sustitución fideicomisaria, que consiste en que el fiduciante constituya un fideicomiso entre vivos o por testamento, pero con la condición de que a la muerte del fiduciario los bienes sean transmitidos a otro fiduciario.

II) Concordancias

Sustitución (art. 2491).

III) Interpretación de la norma

La sustitución fideicomisaria tiene sus antecedentes en el derecho romano y consistía en la cesión de la propiedad de bienes a una persona de confianza para que, a su muerte, fueran transmitidos a otra u otras, determinadas en el convenio. La sustitución tenía por fin eludir las prohibiciones para testar o para recibir por herencia, existentes en ese momento²⁴⁵.

Los artículos 3725 a 3726 del código de Vélez prohibían la sus-

²⁴⁵ LISOPRAWSKI, Sergio, *Los negocios fiduciarios y el fideicomiso*, en LISOPRAWSKI, Sergio y KIPER, Claudio, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 93.

titución testamentaria fideicomisaria, esto es el encargo al heredero instituido de entregar, a su muerte, los bienes a un tercero. Vélez consideró que este instituto “es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador...” y crea “una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da vida a los intereses económicos” (nota al art. 3724 del Código).

El artículo 1700 ratifica que el testamento no puede nombrar fiduciario del fiduciario, de manera de evitar la perpetuación de los bienes dentro del fideicomiso, regla que se alinea con la imposibilidad de imponer un heredero a los herederos instituidos por testamento (art. 2491).

IV) Significado de la reforma

El artículo 1700 ratifica la prohibición de la sustitución fideicomisaria, que contenía el código de Vélez y se alinea con la tradición en la materia.

CAPÍTULO 31

DOMINIO FIDUCIARIO

Art. 1701 *Dominio fiduciario. Definición.* Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

I) Resumen

Cuando la propiedad fiduciaria recae sobre cosas se constituye un dominio fiduciario, regulado por el Capítulo 30 del Título IV. La ubicación otorgada a la reglamentación constituye una novedad, pues se la sustrae de las disposiciones de los derechos reales.

La característica del dominio fiduciario es que se trata de un dominio revocable pues está sometido a la duración del fideicomiso.

II) Concordancias

Definición de contrato de fideicomiso (art. 1666); contenido (art. 1667); propiedad fiduciaria (art. 1682); efectos frente a terceros (art. 1683); causales (art. 1697); normas aplicables (art. 1702); facultades (art. 1704).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La regulación del dominio fiduciario como un capítulo del título de los contratos*

La reglamentación del dominio fiduciario dentro del título correspondiente a la regulación de los contratos en particular es la innovación de orden más relevante y que puede generar controversia, pues extrae la materia del lugar considerado natural, cual es el ámbito de los derechos reales.

Sin embargo, si bien se ve, la única causa fuente del dominio fiduciario es el fideicomiso, contractual o testamentario, y, por ello, su regulación en un capítulo inmediatamente posterior a la regulación de su fuente otorgará una mejor articulación de este particular tipo de dominio.

III.2) *El dominio fiduciario. Características*

a) *Régimen del código de Vélez.* La ley 24.441 en su artículo 11 expresaba que sobre los bienes fideicomitidos se constituía una propiedad fiduciaria y que si lo transferido fueran cosas, a la titularidad se le aplicaban las disposiciones del Título VII del Libro Tercero del código de Vélez. Dicho título regulaba el dominio imperfecto, es decir el derecho real revocable o fiduciario de una persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil (art. 2661 del código de Vélez).

El artículo 2662, por su parte, en su redacción luego de la reforma operada por ley 24.441, decía: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso,

para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”, y el artículo 2670 fijaba los efectos de la revocación del dominio imperfecto, autorizando al antiguo propietario a tomar el inmueble libre de cargas, servidumbres o hipotecas constituidos por el propietario imperfecto, estando obligado a respetar los actos administrativos realizados. La ley 24.441 agregó un último párrafo al artículo, el que expresaba que “Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”.

b) *El Código Civil y Comercial*. El Código define de manera similar al dominio fiduciario, definición de la cual se destaca: (i) que se trata de un derecho de dominio, pues así lo califica el artículo; (ii) que puede resultar de cualquiera de las fuentes del fideicomiso, contrato o testamento (a lo que nosotros agregamos la ley); (iii) que esencialmente es transitorio, pues está sujeto a la extinción del fideicomiso, cualquiera sea la causal de su finalización; (iv) que el efecto de la extinción es la transferencia de los bienes a quien designe el título o la ley, solución ya plasmada al tratar el Código la extinción del fideicomiso.

IV) Significado de la reforma

El Código ratifica que cuando la propiedad fiduciaria recae sobre cosas el fiduciario es titular de un derecho de dominio, con características especiales, denominado fiduciario, que es transitorio y sujeto a la vigencia del fideicomiso.

Art. 1702 Normas aplicables. Son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio, previstas en los Títulos I y III del Libro Cuarto de este Código.

I) Resumen

El dominio fiduciario es una clase de derecho de dominio y, por ello, le son aplicables las normas regulatorias de los derechos reales y, en especial, las del derecho de dominio previstas en el Código.

II) Concordancias

Objeto (art. 1883); enumeración (art. 1887); dominio (art. 1941); facultad de exclusión (art. 1944).

III) Interpretación de la norma

El Código expresa que el dominio fiduciario es un derecho real, cuyo titular es el fiduciario, sujeto a las reglas de los derechos reales y, en especial, las del derecho de dominio.

La norma da sustento a la amplitud de facultades que se otorgan al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos y constituye una garantía de estabilidad para los terceros que contratan con el fiduciario sobre las cosas fideicomitidas.

IV) Significado de la reforma

El emplazamiento de la propiedad fiduciaria de cosas en el ámbito del derecho de dominio genera importantes efectos en relación a las facultades del fiduciario y los derechos de terceros que contratan sobre las mismas.

Art. 1703 Excepciones a la normativa general. El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo.

I) Resumen

El dominio fiduciario no es un dominio pleno, pues está sujeto a la extinción del fideicomiso y a las limitaciones a los poderes de disposición y administración que la ley, el contrato y el testamento pueden imponer al fiduciario. Esta particularidad es reconocida por el artículo.

II) Concordancias

Propiedad fiduciaria (art. 1682); actos de disposición y gravámenes (art. 1688).

III) Interpretación de la norma

A pesar de que se emplaza al dominio fiduciario como derecho de dominio y, con ello, como principio las más amplias facultades de administración y disposición sobre las cosas y sus frutos, el Código esclarece que dichas facultades están limitadas por la propia naturaleza del derecho, sujeto a la extinción del fideicomiso, y a las limitaciones derivadas de la propia ley (el fiduciario debe administrar y disponer de acuerdo a los fines perseguidos por el fideicomiso) y de las disposiciones contractuales o testamentarias (que pueden requerir el consentimiento de alguna de las otras partes o de terceros, o, incluso, prohibir la disposición de las cosas objeto del dominio fiduciario).

IV) Significado de la reforma

Se reconoce que el dominio fiduciario es un dominio imperfecto, revocable y sujeto a las cláusulas, contractuales o testamentarias, que constituyeron el fideicomiso.

Art. 1704 *Facultades.* El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas.

I) Resumen

El fiduciario, en cuanto dueño de las cosas, tiene todas las facultades del dueño, con las limitaciones impuestas por las normas legales que regulan el fideicomiso, las cláusulas contractuales o testamentarias y la ley que lo constituyó.

II) Concordancias

Propiedad fiduciaria (art. 1682); forma (art. 1669); actos de disposición y gravámenes (art. 1688); normas aplicables (art. 1702); dominio perfecto (art. 1941); dominio imperfecto (art. 1946).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1704 ratifica la plenitud de facultades reconocidas al fiduciario sobre las cosas fideicomitidas, en tanto titular de un derecho real de dominio, y marca que dichas facultades están limitadas por los fines perseguidos por el fideicomiso (que llamamos límites teleológicos) y por las cláusulas contractuales y testamentarias y disposiciones legales de creación del fideicomiso.

Estas limitaciones constituyen, junto a la temporalidad del derecho, rasgo característico del dominio fiduciario.

IV) Significado de la reforma

La delimitación de facultades del fiduciario para el ejercicio del dominio fiduciario emplaza adecuadamente a este derecho real con sus propias características.

Art. 1705 *Irretroactividad.* La extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso.

I) Resumen

La extinción del dominio fiduciario no produce la revocación de los actos realizados por el fiduciario dentro de los límites marcados por los fines y las disposiciones contractuales, testamentarias o legales de constitución del fideicomiso.

II) Concordancias

Propiedad fiduciaria (art. 1682); actos de disposición y gravámenes (art. 1688); normas aplicables (art. 1702); facultades (art. 1704); dominio perfecto (art. 1941); dominio imperfecto (art. 1946).

III) Interpretación de la norma**III.1) Principio de irretroactividad**

Es principio del dominio revocable que su extinción produce la retroactividad de los actos realizados por el dueño imperfecto. Este principio es inaplicable al dominio fiduciario, pues, precisamente, la característica del fideicomiso es que se trata de una figura que permite vehiculizar negocios dinámicos, en los cuales la disposición de bienes a terceros está generalmente incluida. Por ello la norma aclara que dichos actos no están alcanzados por aquel principio de retroactividad.

III.2) Los actos que sí son revocables y, por ello, opera el principio de retroactividad

Los límites de actuación del fiduciario están dados por: (i) que condigan con los fines del fideicomiso; (ii) que no contradigan cláusulas contractuales o testamentarias, o disposiciones legales, que prohíban los actos en forma expresa.

Es dable recordar que el contrato debe ser registrado y si se refieren a bienes registrables las cláusulas limitativas también deben ser registradas y publicitadas por los registros respectivos.

Los actos realizados en contravención a dichos límites son revocables, en tanto sean cognoscibles por los terceros contratantes, es decir sean terceros de buena fe.

Existe además otra posibilidad de revocación de actos realizados por el fiduciario en contravención a los límites marcados, cuales son los actos realizados por el fiduciario a título gratuito. En este supuesto, aun cuando el tercero contrate de buena fe, desconociendo la extralimitación en la actuación del fiduciario, el Código se inclina por la

revocación de los actos, en una solución acorde con principios generales del fraude y la preferencia de quienes tienen legítimos derechos sobre los bienes frente a terceros adquirentes a título oneroso.

IV) Significado de la reforma

El Código regula los efectos de la extinción del dominio fiduciario, fijando como principio la irretroactividad de su extinción frente a los actos realizados por el fiduciario, y dejando a salvo aquellos actos que contravengan límites, contractuales o legales, o en los que los terceros contratantes hubieren actuado de mala fe o recibieren las cosas a título gratuito.

Art. 1706 *Readquisición del dominio perfecto.* Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.

D) Resumen

Con la extinción del fideicomiso se produce la obligación del fiduciario de transmitir los bienes remanentes al fideicomisario. Desde ese mismo momento se considera que el fiduciario tiene los bienes, como poseedor, a nombre de quien se deba transferir la cosa. Si se trata de bienes registrables, será necesaria la inscripción, sea a los fines de su oponibilidad a terceros, sea para que se constituya el derecho a favor del fideicomisario.

II) Concordancias

Dominio fiduciario, definición (art. 1701); normas aplicables (art. 1702); título y modos suficientes (art. 1892); inoponibilidad (art. 1893).

III) Interpretación de la norma

El Código da una solución novedosa en cuanto a las formalidades a llenar para la transmisión de los bienes remanentes al fideicomisario cuando se produce la extinción del fideicomiso. Regla que, desde el mismo momento en que se produce la extinción, el fiduciario pasa a ser poseedor a nombre del fideicomisario, a quien el dueño denomina dueño perfecto para deslindar que quien adquiere lo hace con plenas facultades sobre las cosas.

También se aclara que si se trata de bienes registrables será necesaria la inscripción, con fines de oponibilidad o constitutivos, según la clase de bienes de que se trate.

IV) Significado de la reforma

Se clarifica cuál es la posición del fiduciario desde el momento en que se produce la extinción del fideicomiso, calificándose como poseedor a nombre de otro (el fideicomisario), y los requisitos de registración, según cada clase de bienes.

Art. 1707 Efectos. Cuando la extinción no es retroactiva son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario.

Si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.

I) Resumen

Los actos realizados por el fiduciario sobre los fines gestionados son, en principio, irrevocables. Las excepciones están dadas si los actos exceden la finalidad perseguida por el fideicomiso o las limitaciones contractuales previstas, si el adquirente es de mala fe, o si los actos son a título gratuito.

II) Concordancias

Propiedad fiduciaria (art. 1682); actos de disposición y gravámenes

(art. 1688); normas aplicables (art. 1702); facultades (art. 1704); dominio perfecto (art. 1941); dominio imperfecto (art. 1946).

III) Interpretación de la norma

Se reafirma que el fideicomisario, al adquirir el dominio pleno de la cosa al extinguirse el fideicomiso, no puede invocar su derecho frente a terceros de buena fe que hubiesen adquirido derechos sobre dicha cosa. Esto es, los actos son irrevocables y la extinción es irretroactiva.

Las excepciones a este principio se presentan cuando los actos realizados por el fiduciario no se condicen con los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso o hubiese restricciones convencionales específicas que limitaran las facultades del fiduciario. En estos supuestos serán revocables los actos y, por ello, la extinción será retroactiva, si el tercero contratante con el fiduciario hubiere actuado de mala fe.

Igual solución, la retroactividad de la extinción del fideicomiso, se dará si los actos en violación de los fines o del contrato se hubiesen realizado por el fiduciario a título gratuito.

Si la extinción es retroactiva el fideicomisario recibirá los bienes libre de todos los actos jurídicos realizados.

IV) Significado de la reforma

Se fijan los efectos que tendrá la retroactividad de la extinción del fideicomiso y el principio de que el fideicomisario recibe los bienes libres de todos los actos jurídicos realizados por el fiduciario en violación a las mandas legales o contractuales.

TÍTULO V

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL

Fundamentos*

“1. *Sistema y funciones de la responsabilidad civil.* El Anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia que consiste en dos tipos de articulaciones: a) se regulan diferentes tipos de derechos: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva; b) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria.

”La regulación en la materia comienza con dos normas fundamentales para orientar el razonamiento jurídico: la primera establece las funciones del sistema y la segunda alude a la prelación normativa.

”Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva.

”Desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Ésta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental.

"La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva.

"Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz.

"En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la 'tragedia de los bienes comunes', ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

"Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego.

"2. *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.* En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. "Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: 'Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño'.

"El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al 'deber de cumplir', recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584.

"La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica).

"En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rei, o id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes: a) la tesis de la autonomía considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La *aestimatio rei* es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios. b) La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa (*perpetuatio obligationis*), pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial

objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito.

"La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones.

"Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños.

"3. *Función preventiva*. El artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (art. 1585).

"Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, que se explican a continuación.

"La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de

atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

"Se reconoce legitimación sustancial para petitionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

"Se delimitan los siguientes criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquellos en que es provisoria; b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten; d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio".

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1708 *Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

I) Resumen

El Código consagra la función bipartita de la responsabilidad civil: prevenir y reparar. De este modo la responsabilidad comprende dos etapas del daño: actuar *ex ante* para impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer (realizar una acción positiva para evitar causarlo) o de abstención (omitir ejecutar una conducta potencialmente lesiva). Acaecido el hecho, se presenta la clásica función resarcitoria que cuantitativamente es la más importante.

II) Concordancias

Acciones de protección del nombre (art. 71); afectaciones a la dignidad (art. 52); obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias: Concepto (art. 790); relación con la indemnización (art. 793); ejecución (art. 794); tutela preventiva contractual (art. 1032); reparación del daño contractual (art. 1082); cesación de publicidad ilícita (art. 1102); deber de prevención del daño (art. 1710); acción preventiva (art. 1711); legitimación (art. 1712); sentencia (art. 1713); punición excesiva (art. 1714); facultades judiciales (art. 1715); inmisiones (art. 1973); cesación de las infracciones en el régimen de propiedad horizontal (art. 2069).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La denominación: responsabilidad civil en vez de responsabilidad por daños*

El Anteproyecto adoptó la denominación responsabilidad civil porque organiza el sistema en base al reconocimiento de tres funciones: preventiva, resarcitoria y punitiva. En la función preventiva, la acción se promueve antes de que el daño se produzca, y por eso la denominación "responsabilidad por daños" resulta confusa en un área donde no se necesita demostrar su existencia. Del mismo modo, en la función punitiva, el monto que se impone al deudor, no tiene relación con el daño, sino con la sanción. Por eso es que se pensó en un sistema más amplio y una denominación más comprensiva de las tres funciones. Es por esta razón que el sistema no es comparable con otros existentes en el derecho comparado.

Responsabilidad es un sustantivo que, junto con responsable, deriva del verbo "responder", y de sus muchas significaciones una de las más difundidas es la que dice que la responsabilidad civil implica "dar cuenta a otro" o "hacerse cargo del daño que se le ha causado"¹.

¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 59, N° 116; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Sobre las palabras "responder", "responsable" y "responsabilidad"*, en R. C. y S. 2003-1.

La responsabilidad civil se sustenta en cuatro presupuestos o elementos esenciales: la antijuridicidad que consiste en la violación del deber de no dañar a otro o en el incumplimiento de una obligación (arts. 1716, 1717); los factores de atribución o de imputación que es la razón o el fundamento para adjudicar el deber de afrontar el daño (arts. 1721 a 1724); el daño que consiste en la lesión a un derecho o interés lícito (arts. 1737 a 1740), y la relación de causalidad que vincula jurídicamente el hecho con el resultado (arts. 1726 a 1746)². Algunos autores añaden la autoría como elemento autónomo que, para la mayoría, está contenido en la antijuridicidad.

Una opinión propicia sustituir la denominación *responsabilidad civil por responsabilidad por daños*, como derivación de la expresión derecho de daños –reconocida por la doctrina extranjera³– o incluso por la de derecho a la reparación⁴. Se sostiene que la expresión responsabilidad civil sólo procura diferenciarla de la responsabilidad penal y que la denominación más amplia de responsabilidad por daños es abarcativa de sus funciones preventiva y sancionatoria. Además el derecho de daños tiene un campo de aplicación más extendido, porque comprende otras disciplinas jurídicas como el derecho comercial, laboral, administrativo, etcétera, sin perjuicio de que el civil constituye el derecho común, porque contiene instituciones generales aplicables a todas las áreas especiales⁵. Empero, la denominación clásica de responsabilidad civil respeta la tradición de la expresión usual en la li-

² ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 143; CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las Obligaciones. Derecho de Daños. 2. Hammurabi*, Buenos Aires, 2010, p. 30.

³ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

⁴ BANCHIO, Enrique C., *Principales reformas introducidas en materia de responsabilidad civil (Según Proyecto de la Comisión Federal-1993)*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BUERES, Alberto J. (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 103.

⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998. En materia de responsabilidad*, en L. L. 1999-C-877; *Valoraciones sobre responsabilidad. A propósito del Proyecto de Código Civil*, Medite-ránea, Córdoba, 2000, p. 11.

teratura jurídica nacional y atiende a la necesidad de unificar la terminología con la empleada en la legislación especial.

III.2) *Las dos funciones: prevenir y reparar*

En el trámite parlamentario se eliminó la regulación sistemática de la función punitiva. Ello da lugar a una interpretación estricta, en el sentido de que la misma no existe en el ordenamiento argentino y otra más amplia, que afirma que subsiste, aunque no sistemáticamente. Esto último puede decirse si se contempla que hay sanción punitiva en el derecho del consumo, que es parte del sistema de derecho privado conforme al Código, y que se reconocen facultades judiciales para moderar la punición, excesiva, lo cual implica reconocer que esa función existe.

Por otro lado, el código derogado preveía expresamente la función resarcitoria y la doctrina y jurisprudencia sostuvo que la función preventiva resulta de la interpretación armónica de varias de sus disposiciones, de leyes especiales y de normas de derecho procesal. La función sancionadora, del modo ahora concebida, no está contemplada en el derecho privado argentino salvo para el microsistema del consumo que regula los daños punitivos (art. 52 bis, LDC). En el derecho nacional y extranjero se discute cuáles son esas funciones de la responsabilidad. Buena parte afirma que la única es la reparatoria aunque dentro de esa postura se acepta –por otra vía– la tutela civil inhibitoria como instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado⁶. Otro criterio admite la acción de restitución del enriquecimiento del dañador derivado del ilícito⁷. Una posición pregona que pueden enumerarse las siguientes funciones: 1) la demarcatoria que distingue entre lo que está permitido y lo que está prohibido, lo que no necesariamente debe estar tipificado (art. 19, CN); 2) la compensatoria, resarcitoria o indemnizatoria; 3) la distributiva –que se suma a la anterior– y admite la realización de ciertas actividades riesgosas o peligrosas mediante la responsabilidad objetiva; en cambio la

⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Formas de reparación del daño*, en R. C. y S., septiembre de 2010, p. 3; *La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)*, en R. C. y S. 2002-181.

⁷ MAYO, Jorge; LLAMAS POMBO, Eugenio y GALDÓS, Jorge, *Daños punitivos. Diálogos de la doctrina*, en L. L. 2011-E-1155.

función compensatoria se funda en principios de justicia conmutativa o correctiva y tiene su razón de ser en la culpa; 4) la preventiva, y 5) la sancionatoria⁸. Sistematizando distintas opiniones, y de modo general, se pueden adicionar otras funciones: reafirmar el poder sancionador o punitivo del Estado; castigar al culpable; vengar a la víctima; volver al sujeto al estado anterior al hecho dañoso; incentivar que no se cometan otros hechos ilícitos; distribuir las pérdidas y los costos a través de operaciones de prevención y de resarcimiento del daño trasladándolo a la seguridad social o al derecho administrativo; conferir al juez un rol relevante para aplicar con prudencia las cláusulas indeterminadas; la garantía, diseñando los instrumentos específicos para proteger los bienes jurídicos de los individuos y afianzar los derechos de los ciudadanos⁹.

En el derecho argentino el nuevo Código definió la función bipartita de la responsabilidad civil y la ley resolvió la controversia tal como lo expresan sus Fundamentos. Las dos funciones tienen la misma jerarquía normativa aunque, por su naturaleza, la reparatoria será la de aplicación más usual o prevalente si el bien protegido es el patrimonio, ya que cuando se trata de bienes que tienen un precio en dinero el resarcimiento es el mecanismo fundamental. En cambio cuando se tutela la persona humana puede resultar más eficaz la prevención: por ejemplo evitando ataques a los derechos personalísimos, a la dignidad (intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad; arts. 51, 52, 53); cuando se afectan derechos de los consumidores se puede disponer el cese de la publicidad ilícita (por abusiva, discriminatoria, falsa, engañosa, errónea o perjudicial para la salud y seguridad del consumidor), y la publicación de anuncios rectificatorios (art. 1102) o de la sentencia (art. 1771), además de la indemnización correspon-

⁸ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 46.

⁹ LORENZETTI, Ricardo, *Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños*, en L. L. 1996-B-1107; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Funciones y fines de la responsabilidad civil*, libro homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, t. III, p. 1287; *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?*, en L. L. 1993-D-1140.

diente (art. 1771). También es viable la publicación de la sentencia en las acciones de protección del nombre (art. 71). En el ámbito contractual la tutela preventiva permite a una parte suspender su propio cumplimiento “si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia”, y hasta que la otra parte cumpla o dé “seguridades suficientes” (art. 1032). En los derechos colectivos (v. gr., el ambiente, la competencia, el consumo) la prevención actúa como incentivo de conducta en el cuidado y protección de los bienes comunes, los que, por ser de todos, no son de nadie en exclusividad; se trata de “la tragedia de los bienes colectivos”¹⁰. Muchas veces la acción de prevención es prioritaria y precede a la reparación y (en el ambiente) a su recomposición al estado anterior.

Es importante destacar que las dos funciones de la responsabilidad no son excluyentes y, llegado el caso, pueden concurrir total o parcialmente.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1708 incluye la prevención como función propia de la responsabilidad civil, la que se añade a la reparación, constituyendo el soporte en el que se asienta el sistema de la responsabilidad civil en el derecho privado patrimonial. En el ámbito del derecho del consumo las funciones son tres: prevenir, reparar y sancionar, esta última mediante los daños punitivos.

La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental*.

Parece importante, y aunque más no sea a modo de repaso de conceptos de tipo general, la referencia de algunos datos característicos y específicos que presenta el daño ambiental¹¹, los cuales actuarán

¹⁰ Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En el derecho ambiental la función precautoria y la preventiva encuentran respaldo en la normativa.

* Por PABLO LORENZETTI y FEDERICO ZONIS.

¹¹ Para ampliar: LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.); CATALANO, Mariana y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena (coords.), *Derecho Ambiental y daño* (obra colectiva), La Ley, Buenos Aires, 2009.

luego como fundamento y explicación del entramado particular que desplegarán las funciones de la responsabilidad civil aplicadas a este tipo de daño.

En primer lugar, entonces, y como dato no menor, el ambiental es el único daño que posee una referencia directa en la norma de mayor jerarquía de nuestro Estado de derecho.

Así, el artículo 41 del texto constitucional dispone, en su parte pertinente, que “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Claramente emana del texto constitucional que la tutela del medio ambiente opera como una especie de presupuesto o prerequisite del ejercicio y del disfrute de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna¹².

Ha sostenido en este sentido la jurisprudencia que “El derecho ambiental debe tener mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia del texto constitucional, e influye en su interpretación, en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de estos derechos (López Ramos, *Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica del Simposio de jueces y fiscales de América Latina*, 23 y 24 de septiembre de 2003)”¹³.

Se recuerda también que las disposiciones contenidas en el artículo 41 de la Constitución Nacional resultan, en principio, plenamente operativas y deben ser aplicadas de modo directo, más allá de las especificaciones, ampliaciones o reglamentaciones incluidas en la normativa infraconstitucional que sucesivamente se ha dictado o pueda dictarse a futuro.

Así lo han sostenido, de modo prácticamente unánime, tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁴.

¹² Tal circunstancia —de evidente carácter revolucionario para el Derecho común decimonónico, individualista y liberal que ha sido plasmado en el código derogado— fue advertida por los redactores del Proyecto de 2012 al incluir, por ejemplo, las prerrogativas contenidas en los arts. 14, 240 y concs. del texto.

¹³ STJ de Río Negro, 27-4-2009, “Domínguez, Mariana y otros s/Amparo s/Ape-lación”.

¹⁴ En la jurisprudencia, ver entre otros: CSJN, 20-6-2006, “Mendoza, Beatriz S.

Esta situación invita a predicar y enfatizar el carácter de orden público de la normativa protectoria del medioambiente: "Las normas ambientales son de orden público y no son susceptibles de negociación o renuncia entre particulares; por su explícita fuente constitucional tampoco el Estado puede soslayar su cumplimiento consagrando excepciones particulares o provocando derogaciones singulares de disposiciones de alcance general. Por el contrario, la protección del entorno configura una obligación del Estado. Este orden público ecológico es la base ideológica que legitima y exige todas las medidas de control, regulación, vigilancia y prohibición de esas actividades, es decir, la llamada policía administrativa en lo ambiental"¹⁵.

Se detecta entonces una característica importante que diferencia a las regulaciones ambientales de las del derecho común.

Mientras que las primeras, como se adelantó, se presentan como de orden público y no pueden ser dejadas de lado por los particulares; las disposiciones contenidas en el código derogado son —en términos generales y salvo excepciones¹⁶— supletorias de la voluntad de las partes¹⁷, quienes pueden modificarlas de acuerdo a sus intereses.

Este enfoque o visión constitucional de los derechos que, en principio, se presentan como de índole privada ha sido propiciado por la doctrina y receptado claramente por la Comisión Redactora del nuevo Código, en los Fundamentos de dicho documento y en los siguientes términos:

Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el dere-

y otros c/Estado Nacional y otros", L. L. del 11-7-2006, p. 4; CCCom. de Mercedes, sala II, 19-3-2009, "Spagnolo, César c/Municipalidad de Mercedes", L. L. B. A. 2009 (junio), p. 491.

¹⁵ C7^oCCom. de Córdoba, 14-12-2005, "Chañar Bonito SA c/Municipalidad de Mendiola", L. L. C. 2006 (julio), p. 749.

¹⁶ Entre ellas, la normativa contenida en los microsistemas que persiguen como objeto la tutela de ciertos colectivos de "débiles jurídicos". Por ejemplo, el artículo 65 de la ley 24.240 dispone que "La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial".

¹⁷ En el ámbito contractual el artículo 1197 del código derogado disponía: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

cho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina¹⁸.

En conclusión, al momento de intentar resolver un caso sobre daño ambiental, se impone hacerlo bajo el prisma impuesto por el bloque de constitucionalidad que rige en nuestro Estado de derecho.

El daño ambiental es bicéfalo o bifronte¹⁹ y, por tanto, los perjuicios individuales y los colectivos son las "dos caras de una misma moneda".

En esta línea, entonces, para supuestos de perjuicios ambientales individuales o de rebote, concurrirán a regular la situación todos y cada uno de los dispositivos contenidos en la normativa ambiental que se adapten a la individualidad del daño, y también aquellos instrumentos previstos en el derecho común que fueren aplicables al caso particular.

A modo de colofón del presente título, el daño ambiental presenta una serie de particularidades que lo apartan de las características del daño clásico, lo cual justifica la búsqueda de soluciones diferentes²⁰.

Las ideas que se han plasmado en los Códigos decimonónicos que rigen en la mayoría de nuestros países no son útiles para tratar adecuadamente el problema de los daños ambientales con sus tan particulares características.

En todo caso, esas normas impregnadas del carácter liberal propio de la época en que fueron dictadas, y en las que la autonomía de la voluntad y la responsabilidad por culpa se esgrimen en pilares básicos

¹⁸ Texto de los Fundamentos disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com>.

¹⁹ CATALANO, Mariana, *La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica*, en R. C. y S., Año X, N° 8, agosto de 2008, p. 53.

²⁰ Ver en la jurisprudencia, entre otros: SCJBA, "Almada, Hugo N. c/Copetro SA y otro"; "Irazu, Margarita c/Copetro SA y otro"; "Klaus, Juan J. c/Copetro SA y otro", L. L. B. A. 1998-1314, L. L. B. A. 1998-943.

del ordenamiento, deben ser al menos repensadas y readaptadas a las exigencias del tipo de perjuicios que aquí tratamos.

Las "funciones" de la responsabilidad civil.

Ya en aproximación al tema central, se invita a reflexionar acerca del modo en que nuestro ordenamiento jurídico reacciona —o debería reaccionar— frente a la posibilidad o probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso.

Es decir, pensar si la función del derecho de daños se agota en indemnizar a la víctima de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, o bien si es necesario también idear soluciones que se alojen en un instante o estadio anterior al acaecimiento del perjuicio.

La premisa de indemnizar pecuniariamente las consecuencias inmediatas o mediatas —según el caso— que generar un evento dañoso en un principio tuvo un carácter netamente sancionatorio para el dañador y luego fue girando hacia la idea de reparación de la víctima de un daño injustamente sufrido²¹.

Ha logrado generalizada acogida la interesante postura sustentada por Yvonne Lambert Faivre, en cuanto a que la responsabilidad civil ha evolucionado desde una "deuda de responsabilidad" hacia un "crédito de indemnización"²².

Aún hoy, cierta doctrina, con argumentos por demás valederos, concibe a esta función del derecho de la responsabilidad civil como la principal y hasta como la única, alegando básicamente que el resto de las derivaciones que comentaremos más adelante aparecen como impropias del sistema²³.

²¹ SAGARNA, Fernando, *La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución*, en L. L. 2000-D-1000; *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, t. I, p. 437.

²² *La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización*, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *Derecho de Daños (y otros estudios)*, en L. L. 1992-XIII.

²³ Es procedente aquí el recuerdo de las valiosísimas e interesantes reflexiones vertidas por el querido profesor español Eugenio Llamas Pombo, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, en el marco de los Cursos de Especialización en Derecho impartidos en dicha casa de estudios durante el año 2009, según

En la actualidad existe un consenso prácticamente generalizado en cuanto a que la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es insuficiente.

Por el contrario, se propicia la introducción de mecanismos y técnicas que, desde el derecho de daños —con todo lo que ello implica—, vayan dirigidas concretamente a la evitación de perjuicios probables o previsibles y también a la sanción de aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.

Es ésta la línea que ha seguido el nuevo Código al incluir dentro del Título V, Capítulo 1, Sección 1ª, dedicada a regular las disposiciones generales sobre la responsabilidad civil, la normativa contenida en el artículo 1708: "*Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación"²⁴.

Se trata de un interesante punto de partida que se diferencia claramente del código derogado, dentro del cual no existe artículo alguno que se le asemeje.

De este modo, se amplían las funciones del derecho de daños, agregándose la función preventiva como primaria a la tradicional función resarcitoria o reparatoria.

Vale destacar que todo el articulado posterior, que desarrolla el contenido de este primer artículo, es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, superándose de esta manera la distinción que mantenía el código derogado.

La ampliación de las funciones de la responsabilidad civil revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres propios que tiene el daño ambiental.

Esto es así debido a que, tal como se adelantara, en materia de perjuicios ambientales nos encontramos generalmente frente a situaciones continuadas en el tiempo e irreversibles en sus efectos.

las cuales el maestro englobaba a las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil como uno de los grandes "mitos" del sistema de Derecho de Daños.

²⁴ La redacción original del Anteproyecto incluía también la función disuasiva o punitiva en los siguientes términos: "*Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva".

El fin último del resarcimiento del daño, cual es el de volver las cosas al estado anterior a la producción del mismo (art. 1083 del código anterior), resulta de cumplimiento imposible en la mayoría de los casos.

Sin perjuicio de que se han escrito interesantes trabajos sobre el tema y se han esbozado certeras teorías al respecto²⁵, no existen aún reglas claras que permitan determinar la entidad o la cuantía de determinados perjuicios a efectos de traducirlos en un monto indemnizatorio que resulte razonable.

¿Cuánto vale la extinción de una especie de aves o de elefantes? ¿Qué valor tiene la afectación del paisaje por la construcción de un complejo habitacional que altera notablemente el hábitat? ¿Qué precio le asignamos a la destrucción de un inmueble perteneciente al patrimonio histórico de la ciudad que ha sido demolido para construir un edificio? ¿Qué monto indemnizatorio debe abonarse a raíz de la tala indiscriminada de miles de hectáreas de bosques para, en su lugar, sembrar cultivos transgénicos?

Todos estos interrogantes y dificultades teóricas y prácticas han enderezado los esfuerzos, en materia ambiental, hacia la búsqueda de mecanismos de anticipación del daño.

Por tal motivo es que podría juzgarse como sumamente valorable la inclusión dentro del nuevo Código de la función preventiva de la responsabilidad civil, de manera expresa, más allá de los dispositivos que de manera dispersa ya se encontraban reglados en el código derogado.

Función preventiva.

En materia de daño ambiental, sostiene la jurisprudencia que “Se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de ‘evi-

²⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, *Valoración de los daños ambientales*, en *Revista de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, diciembre de 2003; CAFFERATTA, Néstor, *Cuantificación del daño ambiental*, y PERETTI, Enrique, *El juez ante la indemnización por daño ambiental. Criterios de valoración*, ambos textos en CAFFERATTA, Néstor (dir.); PACHECO BARASSI, Leandro (coord. editorial); LORENZETTI, Pablo; RINALDI, Gustavo y ZONIS, Federico (colabs.), *Summa Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 1829 y 1842.

tación’ sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41, CN”. “El Derecho Ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos funcionales y teleológicos” y “desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación *ex ante*, frente a los instrumentos *ex post*, origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad”²⁶.

Por su parte, en los Fundamentos del Anteproyecto del nuevo Código se expresa que: “En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que *la prevención es prioritaria y precede a la reparación*, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la ‘tragedia de los bienes comunes’, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos”.

Bajo este paradigma es que el Código, luego de exponer sobre cuáles serán las funciones específicas de la responsabilidad civil, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1710 y 1713.

El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: “*Deber de prevención del daño*. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

Este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo transcrito enmarca de modo certero el principio de prevención contenido en el artículo 4° de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de derecho de daños en general –y del derecho de daños ambiental en particular–, una conducta consistente en la evitación de perjuicios.

²⁶ CCCom. de Mercedes, sala II, 19-3-2009, “Spagnolo, César Antonio c/Municipalidad de Mercedes s/Amparo”, L. L. B. A. 2009 (junio), p. 491.

Claro está que la frase “en cuanto de ella dependa” debiera entenderse como la exigibilidad de acciones que se encuentren al alcance o dentro de la esfera de control de la persona, excluyéndose aquellos comportamientos que resulten de cumplimiento imposible o que impliquen conductas irrazonables o “heroicas”.

Ea cuanto a la procedencia de mecanismos de prevención del daño ambiental por sobre los estrictamente resarcitorios, lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza”: “...la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, *tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro*, ya que –según se alega– en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento”²⁷.

En la misma línea, la Ley General del Ambiente 25.675 consagra la plena aplicación de los principios preventivo y precautorio (art. 4º) y la prioridad de la recomposición del daño ambiental, colocando al resarcimiento mediante indemnización en una posición subsidiaria y sólo para el caso en que no resulte técnicamente factible la recomposición (art. 28). El desarrollo jurisprudencial y doctrinario de estos conceptos ha sido tan abultado como riguroso²⁸, de modo que no nos extenderemos al respecto.

Por su parte, el último de los incisos del artículo 1710, al imponer el deber de no agravar el daño ya producido, refleja también una idea consolidada en materia ambiental.

Luego de este “deber genérico de evitación”, el Código avanza un poco más e incluye una serie de dispositivos de tinte más bien procesal (arts. 1711 a 1713) que regulan el ejercicio y la tramitación de la

²⁷ CSJN, 20-6-2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros”, L. L. del 11-7-2006, p. 4; L. L. 2006-D-281; D. J. 2006-2-706; L. L. del 29-6-2006.

²⁸ Ver, por todos: CAFFERATTA, Néstor (dir.); LORENZETTI, Pablo; RINALDI, Gustavo y ZONIS, Federico (coautores). *Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho Ambiental, La Ley*, Buenos Aires, 2012, t. I: Capítulos II, *Principios de Derecho Ambiental*, y III, *Daño ambiental*.

denominada “acción preventiva” que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño.

Ingresando al estudio de estos dispositivos, podría decirse que el artículo 1711 exige la previsibilidad de la producción del daño ya que nos encontramos aquí en el campo de la prevención.

Por el contrario, y recordando que las normas analizadas forman parte de la teoría general de la responsabilidad civil, no se ha previsto regulación alguna en el Código respecto al principio precautorio en materia ambiental²⁹, el que opera frente a daños o riesgos imprevisibles, generados en el campo de la incerteza científica.

También la operatividad del artículo 1711 presupone la antijuridicidad en la conducta de aquel que tiene a su cargo el deber de prevención.

Ahora bien, cabe reflexionar si este requisito debe ser entendido del modo tradicional, esto es una antijuridicidad subjetiva y formal, a la manera en que lo ha reglado el código derogado, siguiendo en este punto los preceptos del derecho penal³⁰.

Vale destacar que en materia ambiental esta postura resulta insuficiente, al punto que parte de la doctrina propicia la inexigibilidad del requisito de la antijuridicidad formal para la procedencia del daño³¹, resultando además completamente irrelevante la autorización

²⁹ Ver, entre otros: CAFFERATTA, Néstor, *El principio precautorio (o la certeza de la incerteza)*, en *Biodiversidad, biotecnologías y Derecho. Un crisol para la sustentabilidad*, Aracane, Roma, 2010, ps. 47-66; SOZZO, Gonzalo y BERROS, María Valeria, *Principio precautorio*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, Buenos Aires, 2001-2011-III, p. 28; FALBO, Anibal, *El principio precautorio del Derecho Ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005-4-506.

³⁰ El art. 1066 del código derogado disponía que “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

³¹ Ver posición de ZAVALA DE GONZÁLEZ, citada por BESALÚ PARKINSON, Aurora, *El daño socialmente tolerable y el medio ambiente. Implicaciones básicas de la teoría del riesgo permitido*, en R. C. y S. 1999-65.

administrativa previa para la activación del sistema de responsabilidad por daño ambiental³².

Podría pensarse que esta situación queda subsanada si se recurre al texto de los Fundamentos presentados por la Comisión, según el cual se entiende por cumplido el requisito de la antijuridicidad con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el artículo 1710.

El razonamiento resulta convincente debido a que si el Código introduce un deber expreso de prevenir, la sola omisión de tal exigencia torna operativa la acción preventiva regulada en el artículo 1711, independientemente de que la actividad o proyecto cuenten con autorización administrativa o no conculque norma alguna prevista por el resto del ordenamiento jurídico.

Se responde, en conclusión, aun por daños causados a través de actividades perfectamente lícitas³³ y autorizadas administrativamente.

Por último, el artículo en análisis no exige la procedencia de ningún factor de atribución, lo cual resulta acertado ya que *la tutela inhibitoria prescinde totalmente de este requisito de la responsabilidad civil*. No puede imputarse ningún comportamiento subjetivo u objetivo –entendido este último en el sentido tradicional de los factores objetivos de atribución– al agente por un daño que todavía no se causó pero que sí puede producirse en el futuro.

El artículo que sigue, el 1712, legitima para iniciar o promover la acción preventiva a “quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

Si de derecho ambiental se trata, claro está, el dispositivo debe ser releído bajo los preceptos procesales contenidos en la normativa micro-sistémica.

La única condición que exige el Código radica en la acreditación de un “interés razonable” –en nuestro caso– respecto a la prevención de daños ambientales.

³² Ver, entre otros: C1°CCom. de La Plata, sala II, 27-4-93, “Pinini de Pérez, María del Carmen c/Copetro SA”, L. L. 1994-A-8, D. J. 1994-1-741.

³³ Artículo 27 de la LGA: “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva...”

Este concepto jurídico indeterminado debiera ser interpretado, ante la duda, del modo en que mejor favorezca la tutela del bien colectivo ambiental, y aplicando la máxima del *in dubio pro naturaleza*³⁴, propendiendo siempre a la apertura legitimatoria como puerta de entrada al proceso judicial en defensa de los derechos fundamentales, principal garantía del acceso a la justicia.

Por último, dentro del articulado dedicado a la función preventiva, el Código dispone que “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” (art. 1713).

En base a ello, el juez puede exigir al legitimado pasivo acciones o abstenciones concretas tendientes a la evitación de daños previsibles.

Se habilita al magistrado a adoptar estas decisiones a pedido de parte o también de oficio.

En materia ambiental, la última de las facultades mencionadas posee su correlato en lo normado por el artículo 32 de la ley 25.675, según el cual se otorga la posibilidad a los jueces para que, en pos de la tutela del bien colectivo, adopten “las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Se trata del “activismo judicial” predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercitado por cada uno de los jueces que a lo largo y a lo ancho de nuestro país han debido enfrentarse a casos vinculados a la tutela del ambiente³⁵.

La última parte del artículo 1713 introduce una pauta interesante

³⁴ En la jurisprudencia: sentencia del STJ de Brasil, 9-3-2010, Recurso Especial Nº 883.656, RS (2006/0145139-9), “Alberto Pasqualini REFAP SA c/Ministerio Público do Estado do Rio Grande do Sul”, voto del Dr. Antonio Herman Benjamin; STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 10-8-2006, “Estancias Violeta SRL c/Techint SACI”, L. L. Patagonia 2007 (abril), p. 914.

³⁵ Ver por todos: CAFFERATTA (dir.), LORENZETTI, RINALDI y ZONIS (coautores), *Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho Ambiental* cit., t. I, Cap. V, *Procesos colectivos ambientales*.

que también ha sido muy utilizada por nuestra jurisprudencia: *el juicio de ponderación*³⁶.

Cuando de “casos difíciles” se trata³⁷, es usual que se presenten contradicciones entre los principios y normativas que concurren a regular determinada situación. Ante estos conflictos el juez debe razonar y necesariamente preferir unos a otros para la aplicación al caso concreto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación claramente ha hecho suyas estas ideas al fallar, entre otros precedentes, el caso “Salas”³⁸: “La aplicación del principio precautorio –artículo 4º, ley 25.675– implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un *juicio de ponderación razonable*, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”.

En esta línea, y conforme lo faculta el artículo 1713, el juez privilegiará la preeminencia de la prevención, la cesación y la recomposición por sobre la reparación de los daños ambientales. Asimismo tendrá necesariamente presente el carácter colectivo del bien que está protegiendo. Todo ello puede hacerlo de oficio e independientemente de lo que las partes aleguen en sus pretensiones ya que así se lo imponen los mandatos constitucionales a los que está sometido.

Por último, ponderando los intereses y principios en pugna, el magistrado pensará no sólo en las partes formales del litigio sino en todos aquellos integrantes del grupo que serán afectados por la sentencia y, aún más, en las generaciones venideras, que también estarán alcanzadas por la decisión y a las cuales el juez está obligado a tutelar por imperativo constitucional. Su decisión debe ser “atemporalmente convincente”³⁹.

³⁶ Ampliamente: LORENZETTI, Ricardo, *La decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

³⁷ CALABRESI, Guido y BOBBITT, Philip, *Tragic Choices*, W. W. Norton & Company, 1978.

³⁸ 26-3-2009, “Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional”, L. L. del 8-4-2009, p. 11; L. L. 2009-B-683; L. L. del 6-11-2009, p. 5.

³⁹ PERETTI, Enrique, *La sentencia ambiental. Su eficacia*, en *Revista de Derecho Público*, Nº 2009-2, *Derecho Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 331.

Se trata de un instrumento útil que, desde el proceso de codificación y sumado a cada uno de los institutos y principios propios de la materia, contribuirá a reafirmar la sólida evolución que ha operado ya dentro del microsistema de derecho ambiental en cuanto a la evitación de daños irreversibles.

A modo de cierre interesa dejar sentado que el sistema general de responsabilidad civil que diseña el Código contribuye a convertirlo en un instrumento mucho más útil y eficiente para resolver los intrincados conflictos que nos plantea la realidad actual.

Sin dudas que a través de la teoría del derecho de daños plasmada en el nuevo Código se “recodifican” una serie de elementos propios y característicos de los microsistemas con el claro objeto de “oxigenar” los institutos clásicos.

Es decir que no se deroga la normativa específica –Ley de Defensa del Consumidor o Ley General del Ambiente, por ejemplo⁴⁰–, sino que se traen al Código ciertos principios y mecanismos propios de dicha legislación que permitirán encarar de modo más eficaz estos problemas a través del sistema general.

En materia ambiental la estrategia reseñada se presentará como de suma relevancia ya que se proveerá al intérprete o al operador jurídico –a la par de los que ya tenemos regulados en la normativa especial– de un menú con elementos mucho más concretos y certeros a la hora de resolver las cuestiones vinculadas a este tipo de daños.

Hasta el momento la jurisprudencia –tal como se ha mencionado– ha recorrido un camino importantísimo en la tutela de los bienes ambientales; echando mano, fundamentalmente, a los principios regulados en el artículo 4º de la ley 25.675 y a las especiales características del daño ambiental insertas a partir del artículo 27 de la misma norma.

Sin embargo, era necesaria una “refuncionalización” del sistema general de responsabilidad civil a efectos de que el derecho ambiental pueda recurrir a dicha herramienta.

⁴⁰ De hecho, el artículo 1709 del Código prevé el orden de prelación para aquellos supuestos en que concurren a regular un caso concreto las disposiciones del Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil.

En este marco, entonces, se impone una especie de “volver a las fuentes” e intentar resolver estos conflictos con institutos mucho más aptos que los que hoy tenemos. De lo contrario, continuaremos en el mismo sendero y seguiremos debatiendo en los congresos científicos acerca de la falta de implementación del derecho ambiental o del “Estado teatral” de esta rama jurídica⁴¹.

La propuesta del Código intenta recorrer ese camino y provee de un sistema de responsabilidad civil cuya única función ya no es la resarcitoria o indemnizatoria, sino que, por el contrario, promueve enfáticamente la prevención de los daños y ofrece una acción específica y exigible de tutela inhibitoria, con reglas, caracteres y efectos claros.

Así, no sólo de principios y valores vivirá el derecho ambiental. Reiteramos que toda esta evolución ha sido muy destacable y ha alcanzado resultados por demás elogiados.

Sin embargo, en tantísimas ocasiones todo este bagaje llega tarde y además es visto por aquellos que se encuentran frente a la posibilidad de causar un daño como una especie de *soft law* que fácilmente pueden eludir, ya que no habrá demasiadas consecuencias negativas al respecto en el corto plazo.

Es necesario, entonces, que los operadores del derecho ambiental tengan a disposición y utilicen razonablemente una teoría del derecho de daños funcional y apta para lograr el objetivo final que se persigue a través de la normativa protectoria: propender a un desarrollo mucho más sostenible, con equidad para la población actual y también con solidaridad para las generaciones futuras.

Art. 1709 Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman, *O Estado teatral e a implementação do direito ambiental*, en BENJAMIN, Antonio Herman V. (ed.), *Direito, Água e Vida*, Procuradoria Geral de Justiça-Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo, vol. 1, 2003.

- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código.

I) Resumen

Se establece un orden de aplicación en caso de concurrencia de fuentes. Este artículo debe ser interpretado en sentido concordante con otros que también prevén escalas o jerarquías de normas para otros supuestos, por caso para los contratos (art. 963) o para el resarcimiento del daño contractual (art. 1082). Por eso, la regla de interpretación debe ser conferirle primacía en todos los casos a la legislación especial (de la responsabilidad civil o de los contratos) y después las normas generales.

II) Concordancias

Prelación normativa en los contratos (art. 963); reparación del daño contractual (art. 1082); interpretación y prelación normativa contractual (art. 1094); interpretación del contrato de consumo (art. 1095); consentimiento del damnificado (art. 1720).

III) Interpretación de la norma

El pluralismo jurídico consiste en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos⁴². En el ámbito de derecho privado patrimonial, y particularmente cuando se trata de situaciones regidas por la legislación especial (v. gr., el derecho ambiental, el derecho

⁴² HERNÁNDEZ, Carlos A., *¿Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor? (El diálogo entre el Derecho común y el Derecho del Consumidor)*, en libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 197; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era*, en L. L. 2006-C-1246.

del consumo, el derecho del seguro), la compatibilización de las normas que regulan una cuestión se efectúa en base a un orden normativo jerárquico, el que rige además de la habitual y natural aplicación de las reglas de la denominada pirámide jurídica.

En materia de responsabilidad civil puede señalarse como ejemplo de posibles colisiones la determinación de cuál es la norma aplicable en caso de concurrencia del régimen específico de ciertas responsabilidades agravadas (v. gr., la legislación especial en materia ambiental –art. 29, LGA 25.675– o de residuos industriales –art. 40, ley 25.612– o de residuos peligrosos –art. 45, ley 24.051–) con el sistema general de la responsabilidad objetiva previsto en el Código para la intervención de cosas y de ciertas actividades (arts. 1719, 1720, 1721, 1722, 1723, 1726, 1730, 1731, 1733, 1757, 1758). También pueden plantear colisión de normas supuestos de tensión entre la aplicación de los principios de la prevención y precaución ambiental (arts. 2º, 3º, 4º, LGA 25.675) y los propios de la legislación general de derecho privado patrimonial (arts. 1710 a 1713). No hay dudas de que prevalece siempre la regla especial por sobre la regla general.

El artículo establece una jerarquía en la aplicación de las normas en sentido similar a la prelación que en el ámbito contractual fija el artículo 963. Se determina el siguiente orden de prioridad:

1º) Se aplican las normas indisponibles de la ley especial y las indisponibles del Código (arts. 963, inc. a, y 1709, inc. a). Esta escala de jerarquías (primero la legislación especial y luego las disposiciones generales del Código, tanto para la responsabilidad civil como para los contratos) surge de armonizar ambos artículos (arts. 963, inc. a, y 1709, inc. a), que no mantienen el mismo orden ya que el artículo 963, inciso a, referido a la prelación de normas en los contratos dispone correctamente que en primer lugar se aplican las normas indisponibles de la legislación especial y luego las normas indisponibles generales, y en sentido inverso al artículo 1709, inciso a, se refiere primero a la ley general indisponible y luego a la ley especial indisponible. Empero cabe entender que en ambos casos se aplica primero la ley especial para la responsabilidad civil (v. gr., Ley de Residuos Peligrosos) y para los contratos (v. gr., la cláusula limitativa de responsabilidad para el contrato de servicio de caja de seguridad que prevé el art. 1414) y

luego las normas generales de cada materia (las generales de la responsabilidad civil y las generales de los contratos).

La referencia de los textos a las normas indisponibles alude a las normas imperativas, que están por encima de la autonomía de la voluntad y no pueden ser dejadas de lado por las partes. Por ejemplo, la vida y la integridad psíquica y física no son disponibles o renunciables por lo que el consentimiento del damnificado no opera como eximente de responsabilidad (art. 1720) (v. gr., en el transporte de personas y cosas –arts. 1291, 1292, 1293–), salvo en materia de responsabilidad médica (art. 1768) y en la realización de ciertas prácticas lícitas (por ejemplo, deportes riesgosos –arts. 1719 y 1720–).

2º) Las normas de la autonomía de la voluntad y las propias o particulares de cada tipo contractual (arts. 1709, inc. b, y 963, inc. b). Se tiene en cuenta lo que las partes acuerdan libremente y la regulación específica de cada contrato que prevalecen por sobre las normas supletorias.

3º) Las normas supletorias de la ley especial y las supletorias del contrato (arts. 1709, inc. c, 963, inc. c, 958) que rigen cuando las partes no acordaron nada.

En materia de reparación del daño contractual el artículo 1082 también fija un orden de aplicación de las normas: primero las propias de cada tipo contractual (por ejemplo, para la reparación de daños derivados del transporte de personas o cosas se acude en primer lugar a las específicas del contrato de transporte –arts. 1286, 1291, 1293, 1310, 1311 y concs.–), luego a las normas generales que regulan la extinción, modificación y adecuación del contrato (Capítulo 13 del Título II del Libro Tercero) y finalmente las normas generales de la responsabilidad (Libro Tercero, Título V, Capítulo 1) (art. 1082). Se advierte que esta prelación resulta de una interpretación lógica del citado artículo 1082, inciso a, cuyo texto no sigue ese orden (menciona en primer lugar las disposiciones generales de los contratos). En los contratos de consumo las normas deben ser aplicadas según los principios de protección del consumidor y de acceso al consumo sustentable y, en caso de duda, tienen prevalencia las reglas de la legislación específica (ley 24.240), incluso con efecto retroactivo (art. 7º). Siempre tiene primacía la menos gravosa y la más favorable para el consumidor (art. 1095).

En los tres casos citados (arts. 963, 1082 y 1709) la mencionada interpretación sobre la jerarquía normativa es la que más se adecua a la realidad (lo especial prevalece por sobre lo general) y entiende que la enumeración de esas escalas legales no es imperativa sino susceptible de interpretación judicial.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1709 confiere un rango jerárquico de aplicación de normas estableciendo el siguiente orden de prioridad: las normas indisponibles, las normas especiales, la autonomía de la voluntad y las normas supletorias.

SECCIÓN 2ª

FUNCIÓN PREVENTIVA Y PUNICIÓN EXCESIVA

Art. 1710 *Deber de prevención del daño.* Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

I) Resumen

Se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Ello así en la medida que esa conducta dependa de la persona ("en cuanto de ella dependa", dice la norma) y en base a los dos parámetros: la buena fe y la razonabilidad, lo que implica analizar las circunstancias de cada caso. El inciso a, sienta la regla y

el inciso b, proporciona las pautas para su evaluación, teniendo en cuenta que existe un derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (lo que se relaciona con el parámetro de lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión. De lo contrario se estaría exigiendo el despliegue de conductas heroicas⁴³. La acción de prevención, también conocida como tutela inhibitoria, puede consistir en una medida cautelar o definitiva y tramitar en un proceso autónomo o accesorio de otra pretensión.

En el ámbito contractual se otorga al contratante razonable, cuidadoso y previsor la facultad de suspender el cumplimiento de su obligación frente a la amenaza de daño derivada del menoscabo significativo de su contratante en su aptitud para cumplir o en su solvencia (arts. 961 y 1032).

II) Concordancias

Fuentes y aplicación (art. 1º); principio de buena fe (art. 9º); abuso del derecho (art. 10); abuso de posición dominante (art. 11); proceso (art. 70); acciones de protección del nombre (art. 71); carácter de las normas legales (art. 962); acción preventiva (art. 1711); legitimación (art. 1712); sentencia (art. 1713); antijuridicidad (art. 1717); valoración de la conducta (art. 1725); supuestos responsables (art. 1749).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El régimen anterior y la subsistencia de normas*

El Código regula la función preventiva desde el punto de vista sustantivo (art. 1710), que es diferente de la legislación procesal. La acción requiere que exista un acto o una omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711). Es decir, cuando hay amenaza de un daño, se puede prevenirlo. Esta acción da lugar a un proceso cuya finalidad es terminar con una sentencia que establezca que ese evento no debe producirse,

⁴³ LEIVA, Claudio F., *La función preventiva de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (inédito).

es decir, evita el daño (proceso urgente). Durante ese proceso, pueden pedirse medidas cautelares cuya finalidad es adelantar los tiempos del proceso (por eso es diferente la cautelar que apunta al tiempo, del proceso sustantivo preventivo que se refiere a evitar el daño)⁴⁴.

El código anterior no contemplaba expresamente la tutela de prevención pero su admisión se desprendía de la interpretación integrativa y expansiva de varios de sus artículos. Inicialmente estuvo vinculada a la protección de la propiedad pero su fuerza expansiva se proyectó a otras esferas. Así, se aceptó la aplicación de la llamada tutela preventiva o de prevención (también denominada tutela civil inhibitoria o tutela inhibitoria o tutela inhibitoria contra daños) en la normativa referida al derecho a la intimidad (art. 1071 bis), al daño temido (arts. 2499, código derogado, y 623 bis, CPCCN), a las molestias en razón de la vecindad (art. 2618), a los interdictos y a las acciones confesoria y negatoria (arts. 2795 a 2799 y 2800 a 2806), a la protección de los derechos del acreedor hipotecario (arts. 3157 y 3158). Igualmente la legislación especial contiene varias disposiciones en sentido similar: por ejemplo, la ley 11.723 (Régimen de la Propiedad Intelectual, art. 79); ley 23.592 (Defensa contra las Discriminaciones, art. 1º); ley 24.240 (Defensa del Consumidor, art. 52); ley 25.156 (Defensa de la Competencia); la Ley General del Ambiente 25.675 prevé los principios de prevención y precaución (arts. 2º, 4º, 27, 30); ley 23.551 (de Asociaciones Profesionales) sobre la conducta antisindical (arts. 53 y 55, inc. 4º); el desahucio en el juicio de desalojo (arts. 680 bis y 684 bis, CPCCN, y arts. 676 bis y 676 ter, CPCCBA); las acciones posesorias (art. 623, CPCCN); la denuncia de daño temido y las medidas de seguridad (art. 623 bis, CPCCN) y las reparaciones urgentes (art. 623 ter, CPCCN); la proscripción de la violencia familiar y a la exclusión del hogar conyugal (leyes 24.270 y 24.417 y art. 273, ley 11.723, Prov. de Buenos Aires); la suspensión de las asambleas de las sociedades comerciales y de la ejecución de sus resoluciones (art. 252, ley 19.550)⁴⁵. La ley 24.557 y el decreto 170/96 establecen que la Ase-

⁴⁴ Conf. LORENZETTI, Ricardo, *La tutela inhibitoria*, en L. L. 1995-C-1217.

⁴⁵ Ver el minucioso detalle de LORENZETTI, Ricardo L., *La tutela civil inhibitoria*, en L. L. 1995-C-1217; NICOLAU, Noemí L., *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, en L. L. 1996-A-1245.

guradora de Riesgos del Trabajo está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales. La expresa regulación actual no excluye la vigencia de las normas pertinentes de la respectiva legislación especial (v. gr., Ley General del Ambiente 25.675 y Ley de Defensa del Consumidor 24.240, citadas) ni las específicas del nuevo Código que contemplan situaciones particulares (v. gr.: art. 1973).

El artículo 1710 en el inciso a, concordando con lo previsto en los artículos 1717 y 1749, alude a la omisión dañosa, y el inciso b, fija un parámetro general de actuar, de acuerdo a lo razonable y a la buena fe, para evitar causar un daño. Se acude a las directivas genéricas de ejercer los derechos de buena fe y de modo regular, o sea proscribiendo su ejercicio abusivo (arts. 1º, 9º, 10 y 11 del Título Preliminar).

III.2) *Jerarquía constitucional*

La jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, los que expresamente prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia del mercado y la competencia. La conveniencia y necesidad de su regulación en el derecho positivo fue declarada en importantes eventos jurídicos (por caso las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en setiembre de 2011).

III.3) *Fundamentos*

Los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, fuente del actual, señalan con claridad que "la prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia".

III.4) *La prevención y el derecho a la seguridad*

La prevención anida en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, de origen constitucional (art. 42, CN), que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo, conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁶. El deber de garantizar esa seguridad recae con más rigor en los prestatarios de los servicios públicos, porque la seguridad –que no es una mera expresión de deseos del constituyente– debe erigirse “en la máxima preocupación” de los particulares que organizan espectáculos públicos y de las autoridades que los fiscalizan (voto de la minoría en “Zubeldía” y de la mayoría en “Mosca”) y de quienes prestan y controlan los servicios públicos, sean particulares o el Estado (voto de la mayoría en “Bianchi”, “Ledesma” y “Uriarte”). La obligación de seguridad en la relación de consumo, en cuanto mandato constitucional expreso y operativo, impone el deber de prevención, por lo que el prestador debe adoptar las medidas acordes y conducentes para evitarlos y “las mínimas medidas de seguridad a su alcance para evitar daños previsibles o evitables” (voto de la mayoría en “Uriarte” para el transporte ferroviario). O sea debe “evitar la producción del accidente” (“Ledesma” para el transporte en subte) no sólo durante la ejecución del contrato, sino también en el período precontractual. Por ejemplo, resulta insu-

⁴⁶ Ver entre otros: CSJN, 21-3-2006, “Ferreira, Víctor D. y Ferreira, Ramón c/Vicov SA s/Daños y perjuicios” y “Caja de Seguros SA c/Caminos del Atlántico”, Fallos: 329:695 y Fallos: 329:646; 7-11-2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/Provincia de Buenos Aires y/u otros”, Fallos: 329:4944; GALDÓS, Jorge M., *Responsabilidad civil de los concesionarios viales y relación de consumo*, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 791; CSJN, 6-3-2007, “Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios”, Fallos: 330:563, L. L. 2007-B-363; 22-4-2008, “Ledesma, María Leonor c/Metrovías SA”, Fallos: 331:819; 9-3-10, “Uriarte, M. H. c/Transportes Metropolitanos General Roca”, Fallos: 333:203; R. C. y S. 2010-IV-61, con nota de SAGARNA, Fernando Alfredo, *El deber de seguridad de la empresa ferroviaria en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; CSJN, 20-12-2011, “Migoya, Carlos Alberto c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios”, AR/JUR/84373/2011; 20-12-2011, “Molina, Alejandro A. c/Santa Fe, Prov. de”, AR/JUR/184375/2011 (ambos para espectáculos deportivos).

ficiente como medida de prevención y de información de los riesgos que el concesionario vial coloque un cartel en la ruta para indicar la presencia de animales sueltos (“Bianchi”). También es responsable el prestador del servicio por la omisión en impedir que el tren en marcha circule con las puertas correctamente cerradas para que los pasajeros no viajen en lugares peligrosos (“Uriarte”); que el ascenso y descenso en los vagones sea ordenado sin aglomeraciones o tumultos (“Ledesma”); que en las inmediaciones del estadio se produzcan daños causados por hinchas que ingresaron por deficiencia en el control del acceso (“Mosca”). Todo este cartabón de conducta exigible se sustenta en el trípede confianza del usuario –aparición jurídica (de que el prestador del servicio se ocupará de su seguridad evitando los riesgos previsibles)– buena fe y razonabilidad⁴⁷.

III.5) *Descripción de la norma. Las acciones previstas*

1. En su acepción lingüística la prevención se ocupa de “preparar las cosas necesarias para evitar daños”⁴⁸. El *Diccionario* de la Real Academia define al verbo “evitar” como “apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”; por su lado, “impedir” significa “huir de incurrir en algo”, y “huir”, “alejarse de personas, animales o cosas para evitar un daño”. El deber de actuar por acción u omisión puede consistir en evitar o impedir el daño futuro, hacer cesar el daño actual, disminuir la magnitud y disminuir la extensión de las consecuencias del daño que comenzó a producirse.

2. Agravar un daño es un supuesto que puede comprender varias situaciones ya que el agravamiento puede aumentar su magnitud, extensión o prolongar sus efectos temporales o espaciales. El *Diccionario* de la Real Academia define la “magnitud” como “el tamaño de un cuerpo; la grandeza, excelencia o importancia de algo; la propiedad física que puede ser medida”, es decir, vincula el daño con su entidad. La magnitud del daño se relaciona con el aspecto cualitativo (la medida

⁴⁷ Ver fallos citados supra.

⁴⁸ NICOLAÚ, Noemí L., *Prevención de daños derivados del accionar empresario*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2008-2, *Prevención del daño*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 348.

del perjuicio) pero también con su extensión o su prolongación por lo que se advierte que la tutela preventiva comprende todas las etapas y supuestos de evitación de la dañosidad. Una de las acepciones del *Diccionario* de “extensión” se refiere a “hacer algo que aumente su superficie”, lo que se relaciona con el tamaño; pero otros significados importan también “hacer algo que ocupe más lugar o espacio que el que antes ocupaba”, “esparcir, desparramar lo que está amontonado, junto o espeso”, los que vinculan la extensión del daño con su prolongación temporal o espacial (art. 1710, incs. a, y b). Por lo demás también se prevé el supuesto de que en el marco de una situación jurídica la víctima impida el agravamiento del daño que ya comenzó a producir efectos nocivos (art. 1710, inc. c). Esta interpretación se corresponde con las actuales previsiones del Código que caracterizan al hecho jurídico como el acontecimiento que puede producir, modificar o extinguir no sólo relaciones jurídicas sino también situaciones jurídicas⁴⁹ (arts. 257 y 258). El deber de prevención-evitación comprende el daño causado por un tercero⁵⁰. Una vez que el daño se produjo comienza a operar autónomamente la tutela resarcitoria en base al artículo 1749 y, en su caso, de ser posible, la tutela preventiva para detener el perjuicio o evitar su agravación. Si las medidas preventivas adoptadas importan un beneficio económico para quien hubiera padecido el daño que se evitó producir o agravar, el sujeto que ejecutó las medidas tiene derecho al reembolso de los gastos según el régimen del enriquecimiento sin causa (arts. 1794, 1795).

3. El módulo de comportamiento se emplaza, primero, en el ámbito de la antijuridicidad⁵¹ y encuentra su fundamento en el “mínimo sentido de solidaridad humana y amor al prójimo”⁵², “en el deber de coope-

⁴⁹ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 287; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 18.

⁵⁰ PARELLADA, Carlos A., *Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2003-2, *Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 103.

⁵¹ BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A., *Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2007-2, *La omisión en el Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 30.

⁵² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 346.

ración, información y advertencia del daño”⁵³ y, esencialmente, en el abuso de derecho, ya que hay obligación jurídica de obrar siempre que la abstención no implique el ejercicio abusivo de la libertad de actuar o no actuar⁵⁴. La pauta de valoración es la prudencia y razonabilidad, completadas con la buena fe (art. 1710, inc. b), ya que hay deber de evitar el daño en cuanto depende de la persona (art. 1710), lo que implica que es susceptible de ser interpretado “normativamente” (en cuanto le esté impuesto el control jurídico) o “tácticamente” (en cuanto tenga posibilidad de hacerlo)⁵⁵. Una vez comprobada la anti-juridicidad de la conducta (la omisión o la acción dañosa) debe procederse al análisis de la relación causal, lo que es más complejo cuando se trata de la omisión simple. Aquí las opiniones están divididas. *Una posición* sostiene que ante una situación de peligro que es imputable a un sujeto (un acto de abstención simple, v. gr., cruzarse los brazos ante la persona que se ahoga) “esa actitud no es normalmente ni en abstracto una condición idónea o adecuada para producir la muerte o lesiones”⁵⁶. Por ello el omitente no siempre responde por el resultado total, sino por el que guarda adecuada conexión causal; por ejemplo en el abandono de personas que desencadena en heridas o muerte normalmente no se responde por esa consecuencia, sino por el abandono en sí, que es la conducta omitida. Lo que —empero— no quiere decir que en algún supuesto no pueda resultar obligado a responder por el resultado final; hay que sujetarse al principio de la causalidad adecuada y “la indemnización debe ser fijada prudencialmente por el juez, con un criterio análogo al que se aplica en los casos de pérdida de chances de evitación del daño, indemnización que no es el daño en sí sino sólo la chance misma”⁵⁷. *Otro criterio intermedio* sostiene que es ne-

⁵³ DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 191.

⁵⁴ LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. III, p. 628.

⁵⁵ PARELLADA, *Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)* cit., p. 116.

⁵⁶ ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Buenos Aires, 1970, p. 110.

⁵⁷ ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)* cit., p. 110; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Responsabilidad civil por actos ilícitos de omisión*, en *Doctrina 1980-III-796*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado*,

cesario efectuar la valoración en dos pasos: primero, determinar si la omisión era idónea para producir el resultado y, en segundo lugar, si las circunstancias fueron conocidas por el omitente; por ejemplo, que la omisión de auxilio era idónea para provocar la muerte, en cuyo caso integra la acción y la relación causal es plena⁵⁸. Una tercera posición, que prevalece, sostiene que no es posible dar respuestas absolutas o completas, entendiéndose que normalmente la omisión influye como concausa del daño ocurrente y puede "existir causalidad conjunta o acumulativa, concausalidad o frustración de una chance (supuesto que también reclama causalidad)"⁵⁹. Se agrega que resulta contrario a la razonabilidad jurídica que alguien pueda sostener que su omisión es inocua, cuando su acción podía impedir el daño. Con el mismo grado de regularidad y ordinariedad con que se juzga la adecuación de una causa o condición activa puede juzgarse la adecuación de una omisión. Si una persona está herida de muerte y otro la abandona, desangrándose, esta segunda conducta omisiva constituye causa acumulativa o concurrente con la que puso quien lo llevó a ese estado⁶⁰.

La solución receptada por el Código se vincula con la tercera postura: corresponde aplicar las reglas de la causalidad adecuada, en los términos de los artículos 1726, 1727 y concordantes. Ello sin soslayar que la dificultad que presenta la cuestión de la relación causal en el hecho omisivo reside en que, rara vez, la omisión es la causa exclusiva, sino que el daño es el efecto conjunto de la omisión del agente con el actuar de un tercero⁶¹.

anotado y concordado, artículos 1066 a 1216, Astrea, Buenos Aires, p. 101; TEJERÍAN, Wencesalao, *Culpa por omisión*, en *Temas de responsabilidad civil, en honor al Dr. Augusto Morello*, Platense, La Plata, 1981, este autor afirma que sólo se responde en caso de dolo del omitente.

⁵⁸ BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 108.

⁵⁹ BUERES y CALVO COSTA, *Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho* cit., p. 30; PARELLADA, *Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)* cit., p. 118.

⁶⁰ PARELLADA, *Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)* cit., p. 118.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo L., *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 1, *Accidentes de tránsito - I*,

III.6) *Requisitos de procedencia de la acción preventiva*

1. Se distinguen varios modos generales de actuar u obrar jurídicamente. Una clasificación diferencia entre: 1) los actos de comisión, acción o ejecución: son comportamientos positivos que causan un daño injustificado por acción; 2) los actos de comisión por omisión o de abstención en la acción: el autor se abstiene de adoptar las precauciones necesarias para que su actividad no cause daños, y 3) los actos de omisiones simples y puras u omisiones lícitas puras: se trata de las meras abstenciones⁶². Otra clasificación distingue entre: 1) los actos ilícitos positivos y 2) los actos ilícitos negativos. En los actos ilícitos positivos el acto ilícito está prohibido de modo expreso o tácito. Los ilícitos negativos pueden subclasificarse en: a) los actos ilícitos en la acción o de comisión por omisión u omisión en la abstención; b) los actos de omisión pura y simple u omisión ilícita pura⁶³. En el primer caso, en los actos de comisión por omisión, se prohíbe un efecto y el daño se provoca positivamente pues la omisión determina su propio proceso causal (v. gr., golpear, matar), o negativamente (la enfermera que no le suministra un medicamento al enfermo; el peatón que no avisa al ciego que camina hacia un pozo, la madre que no amamanta a su hijo recién nacido). El autor se abstiene de adoptar las medidas necesarias para que su actividad no cause daños (la empresa de ferrocarriles que no coloca las barreras necesarias); el hecho negativo es empleado como medio para dañar y el agente creó o contribuyó a crear la situación de peligro que después ocasionó el daño. La causa adecuada del resultado es justamente la omisión misma. En cambio en las omisiones ilícitas puras y simples (actos ilícitos negativos) el autor deja que ocurra el acontecimiento que no contribuyó a causar y que le es extraño. Éste es el quid de la omisión antijurídica que radica en no hacer algo no sólo cuando la ley impone obligatoriamente

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 67; SCJ de Mendoza, sala I, 18-10-96, "Norton, María c/Municipalidad de Godoy Cruz", voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, L. L. 1997-B-92.

⁶² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 4.

⁶³ CALVO COSTA, *Derecho de las Obligaciones. Derecho de Daños*. 2 cit., p. 70.

la conducta de acción (v. gr., el abandono de personas previsto en los arts. 106 a 108 del Código Penal), sino también cuando la conducta omitida es exigible de acuerdo a la totalidad del ordenamiento, al orden público, la buena fe y el abuso del derecho. El agente permanece inactivo frente a un proceso causal que le es ajeno pero no interviene y deja que suceda, infringiendo el principio general de diligencia. El supuesto estaba previsto en el artículo 1074 del código derogado y ahora lo está en el deber general de no dañar a otro (art. 1716) y en el especial de evitar producirlo (antes) o agravarlo (después de sucedido).

2. El principio de prevención constituye, en cuanto principio, un mandato indeterminado que deberá concretarse en cada caso, según sus singularidades (v. gr., conduzca el automotor con precaución), y que se suma –fortaleciendo– la regla especial que pueda regirlo (v. gr., no superar la velocidad máxima de 60 km/h en las avenidas –art. 51, inc. a, ap. 2, ley 24.449–), operando de modo autónomo cuando la regla no previó el supuesto particular (v. gr., circular con precaución ante la proximidad de un centro que alberga personas con capacidades diferentes o de una escuela).

III.7) Consecuencias del incumplimiento. El acto ilícito

Hacer lo proscripto y no hacer lo exigible convierten la conducta obrada y la omitida en acción y omisión antijurídica por vulneración del deber general de no dañar (art. 1716) y del deber particular de no dañar en el caso en concreto cuando –pudiendo– no se evitó el daño (art. 1710).

Esa conducta ilícita de acción o abstención (art. 1749) puede dar lugar a la tutela resarcitoria si se configuran los restantes presupuestos de la responsabilidad civil y media relación de causalidad adecuada.

IV) Significado de la reforma

Se contempla expresamente la función preventiva de la responsabilidad civil, estableciéndose los requisitos, los deberes para evitar causar o agravar el daño futuro o el daño en curso. La omisión de

ejecutar el deber de prevención o la realización de la conducta de abstención constituye un ilícito extracontractual.

Art. 1711 Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

D) Resumen

El Código contempla la función preventiva, aplicable tanto al campo patrimonial como extrapatrimonial, en los derechos personalísimos, en los contratos, es decir, se le reconoce un ámbito muy amplio (art. 1710) y luego establece los requisitos sustantivos para su procedencia (art. 1711), mencionando cada supuesto de la responsabilidad. Debe probarse la autoría (acción u omisión), amenaza de daño, nexo causal entre esa amenaza y el interés del titular. Ello da lugar a un proceso con la finalidad de detener el curso dañoso. Durante ese proceso se pueden pedir medidas cautelares que, reguladas en los códigos de procedimiento, adelantan el tiempo del proceso.

II) Concordancias

Deber de prevención del daño (art. 1710); legitimación (art. 1712); sentencia (art. 1713). Ley de Propiedad Intelectual 11.723 (art. 79). Ley 23.551 (arts. 53 y 55, inc. 4º). Ley de Defensa contra las Discriminaciones 23.592 (art. 1º). Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 52). Ley de Defensa de la Competencia 25.156. Ley General del Ambiente 25.675 (arts. 2º, 4º, 27, 30).

III) Interpretación de la norma

III.1) Caracterización

“La tutela sustancial inhibitoria tiene como objeto directo la prevención del daño mediante una orden para impedir (en caso de amenaza de lesión) o bien para que cese su producción (si la actividad ofensiva

ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración). Inhibir equivale entonces a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura⁶⁴. Constituye una protección judicial de urgencia sustantiva, y no cautelar y cuyos presupuestos son un comportamiento lesivo, un daño injusto y una relación de causalidad adecuada entre dicho comportamiento y el daño causado⁶⁵.

III.2) *Antecedentes. Los distintos instrumentos procesales*

La tutela inhibitoria fue una creación pretoriana, acogida por la Corte nacional con la denominación de “anticipo de jurisdicción” en un elogiado *leading case*⁶⁶ en el que se ordenó la provisión al actor de una prótesis durante el proceso y antes de la sentencia principal, frente a la urgencia y singularidades del caso. En su tipificación jurisprudencial prevalece el sustento procesal del instituto y se hace hincapié en la eficacia del proceso y en el carácter instrumental de sus normas a fin de hacer efectivos los derechos sustanciales “especialmente para la adecuada protección de la integridad psicofísica de las personas, la que tiene reconocimiento supraconstitucional en diversos tratados internacionales”⁶⁷.

En el proceso urgente se acudía tradicionalmente a las medidas cautelares, provisorias, provisionales, asegurativas, o precautorias, que

⁶⁴ LORENZETTI, *La tutela civil inhibitoria* cit., p. 1217; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 427.

⁶⁵ ANDORNO, Luis O., *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano*, en J. A. 1995-II-887 (este autor sostiene que no es necesaria la contracautela).

⁶⁶ CSJN, 7-8-97, “Camacho Acosta, Máximo c/Grafi Graf SRL y otro”, L. L. 1997-E-652; J. A. 1997-IV-620; D. J. 1997-3-59; E. D. 176-62, con nota de MORELLO, Augusto M., *La tutela anticipada en la Corte Suprema*.

⁶⁷ CSJN, 6-12-2011, “P., H. P. y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 del CPC”, L. L. 2012-A-352, y con notas de PEYRANO, Jorge W., *Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros*, en R. C. y S. 2012-II-191; CARBONE, Carlos Alberto, *Tutela anticipada por daños derivados del tránsito*, en L. L. 2012-A-351; MEDINA, Graciela, *Tutela anticipada y daño vital*, en L. L. del 15-2-2012, p. 7; SOSA, Toribio E., *El activismo procesal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: tutela anticipatoria en el caso “Pardo”*, en R. C. y S. 2012-III-170.

se decretaban en el marco de un juicio principal, y a las que se accedía antes o después de la demanda o juntamente con ella (el embargo, la inhibición general de bienes, el secuestro, la prohibición general de innovar, las medidas cautelares genéricas). Los requerimientos del derecho sustancial, y particularmente la prevención del daño, contribuyeron a “la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas”⁶⁸. Por ello se propuso “regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que incluye [...] las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie, constituida por la denominada cautela material”⁶⁹. Se afirmó, entonces, que la tutela de urgencia no se agota con las medidas precautorias porque también lo “urgente” está presente –autónomamente– en ciertas pretensiones que recaen derechamente sobre aspectos materiales o sustanciales⁷⁰. “La categoría del ‘proceso urgente’ es más amplia que la del proceso cautelar y la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias”⁷¹. En este contexto la doctrina, especialmente la procesal, delineó las distintas herramientas del proceso urgente, algunas provisorias o cautelares (porque dependen y son accesorias del proceso principal) y otras definitivas (porque la pretensión preventiva agota el proceso) aunque otorgándole distintos nombres y a veces tipificándolas con algunas diferencias, lo que dificultó la unificación de los conceptos. Ejemplo del primer caso (medidas provisorias o cautelares) es el embargo decretado en un juicio de daños que pretende asegurar los bienes del deudor para que no se vendan, desvaloricen, desaparezcan, etcétera. Ejemplo del segundo caso (medidas sustanciales) es la medida autosatisfactiva (única pretensión que se agota en sí misma) para la provisión de medicamentos ante la injustificada negativa de una obra

⁶⁸ VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, 19 al 22-4-95, La Paloma, Rocha, <http://openlibrary.org/works/OL3205779W/VIII>.

⁶⁹ Séptimas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Procesal, Junín, 1996, en J. A. 1996-IV-1027.

⁷⁰ PEYRANO, Jorge, *Lo urgente y lo cautelar*, en J. A. 1995-I-899.

⁷¹ XVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal, 1995, Santa Fe.

social y que procura asegurar el derecho. La otra figura que integra el género de medidas sustanciales es la tutela preventiva o anticipada que en el marco del juicio principal también adelanta total o parcialmente la prestación objeto del proceso. Por ejemplo, la provisión de medicamentos a la víctima de un juicio de daños, antes de la sentencia definitiva y para garantizar la integridad de la persona (o sea el objeto del proceso).

La tutela preventiva ha sido denominada de muy variadas maneras, por ejemplo, "medida cautelar sustancial", "cautela material", "cautela anticipatoria", "tutela material", o "sentencia anticipatoria" o "anticipo de jurisdicción", entre otras⁷².

Las pretensiones urgentes pueden tramitar en procesos rápidos (amparo, hábeas data, medidas autosatisfactivas, etc.) o en procesos comunes (tutela anticipada o anticipo de jurisdicción en los procesos ordinarios o sumarios). En este caso lo diferencial es el tiempo: en la vía cautelar se debe probar el peligro en la demora, en la tutela definitiva la amenaza de daño, lo cautelar recae sobre el bien a asegurar, la tutela preventiva y las medidas autosatisfactivas recaen sobre la prestación; ambas tienen en común la prevención del daño.

III.3) *Medida autosatisfactiva y tutela anticipada*

Las dos figuras típicas que componen la tutela (o acción preventiva) son las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada.

⁷² MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Platense, La Plata, 1986, p. 160, punto III; *La cautela material*, en J. A. 1992-IV-314; *La tutela judicial provisoria durante el desarrollo del proceso*, en L. L. 1994-E-848; *La tutela satisfactiva*, en anotación a fallo CNCiv., sala G, 4-5-94, "Zambardieri, Juan C. c/Municipalidad de Buenos Aires", J. A. 1995-IV-413; *La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario*, en E. D. 169-1341; PEYRANO, Jorge W., *Vademécum de las medidas autosatisfactivas*, en J. A. 1996-II-709; *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, en J. A. 1997-II-926; DE LÁZZARI, Eduardo N., *La cautela material*, en J. A. 1996-IV-651; BERIZONCE, Roberto O., *Tutela anticipatoria y definitiva*, en J. A. 1996-IV-764; DE LOS SANTOS, Mabel, *La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados "procesos urgentes"*, en J. A. 1996-I-633.

La procedencia de la medida autosatisfactiva está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes (o sea no cotidianas) derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios; de la fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditado al inicio del requerimiento o, en su caso, de sumaria comprobación. Se genera la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar, provisional o preventiva —en la terminología clásica— con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionante. Las medidas autosatisfactivas se pueden decretar inaudita parte y ello no vulnera los principios de defensa, bilateralidad y contradicción, que puede ejercitar el emplazado al deducir los recursos pertinentes, e incluso el juez puede *ex officio* conceder un traslado previo⁷³. "La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal". El dictado de la medida está sujeto a "la concurrencia de una situación de urgencia, con fuerte probabilidad de que el derecho material del resultado; la exigibilidad de la contracautela queda sujeta al prudente arbitrio judicial"⁷⁴.

Por su lado, la tutela anticipada permite, en ciertos y excepcionales supuestos, adelantar —total o parcialmente— el resultado de la sentencia definitiva a favor del sujeto procesal impedido de aguardar el agotamiento de los estadios que conduzcan a su firmeza definitiva. Se utilizan también —como ya se dijo— otras acepciones como "cautela material" o "cautela sustancial", "cautela definitiva", "medidas anticipatorias materiales o definitivas" y (por oposición a medida cau-

⁷³ GALDÓS, Jorge M., *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*, en J. A. 1998-III-659; *Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva*, en L. L. 1997-F-482, en anotación a fallo de la CCCom. de Rosario, sala III, 5-5-97, "M. L. N. c/R. C."

⁷⁴ XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, agosto de 1997.

telar) provisoria, asegurativa, "interinal". Se distinguen por que las primeras agotan la litis y las segundas son accesorias del proceso principal.

III.4) *Requisitos de procedencia de la tutela preventiva*

Los requisitos de procedencia de la acción preventiva son los siguientes:

- 1) Una conducta antijurídica ("acción u omisión antijurídica"), por lo que el hecho generador debe ser ilícito. En términos de una amenaza ("hace previsible") de producción de daño, de agravamiento –o continuación o aumento– de la magnitud del daño en curso. En palabras de la Corte Suprema nacional, "la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual"⁷⁵.
- 2) Interés del peticionante individual, individual homogéneo o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial. La supresión de la sección originaria del Anteproyecto relativa a las acciones colectivas no impide la invocación de derechos individuales homogéneos que recaen sobre bienes colectivos para el ejercicio de la tutela de prevención, ya que están comprendidos en "el interés razonable" que requiere el artículo 1712.
- 3) Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos.
- 4) Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727).

Resulta indiferente la gravedad del daño futuro. Tampoco es necesario que concorra un factor de atribución (subjeto u objetivo) y la pretensión puede recaer sobre bienes de terceros, ajenos a la litis. Procede contra actos de los particulares o del poder público y también puede tener por objeto la protección de bienes de los particulares o del dominio público o privado del Estado (arts. 15, 16, 235 a 240).

⁷⁵ CSJN, 6-12-2011, "P., H. P. y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 del CPC", *Fallos*: 334:1691.

Además la tutela de prevención está fuertemente vinculada con la protección de la persona humana, de su vida e integridad psicofísica, de jerarquía constitucional y supraconstitucional.

Para la valoración de la diligencia exigible se debe tener en cuenta el deber medio de obrar con cuidado y pleno conocimiento de las cosas, atendiendo a que los hechos suceden de ordinario, conforme las pautas de razonabilidad y buena fe, de acuerdo a las circunstancias del caso (arts. 9º, 10, 11, 1725, 1727, 1731). Sin embargo se requiere una mayor diligencia si el agente tiene una condición o facultad especial que, en concreto, le exigía un plus de diligencia y de previsibilidad de las consecuencias; por ejemplo un profesional de la construcción tiene mayor deber de obrar evitando daños a terceros en razón de sus conocimientos y especialidad (art. 1725). En materia contractual la previsibilidad del contratante razonable, cuidadoso y previsor (art. 961) se valora al momento de contratar, y no del incumplimiento, salvo en caso de dolo, en el que también se ponderan las consecuencias sucedidas en ese momento (art. 1725), mientras que en el extracontractual la previsibilidad se valora al momento del hecho.

IV) *Significado de la reforma*

La tutela de prevención es un instituto de derecho sustancial y constituye una de las dos funciones de la responsabilidad civil. Su articulación procesal se puede deducir mediante los remedios procesales clásicos, lo que –no obstante y ante su insuficiencia– requerirá de regulaciones locales que se sumen a las medidas cautelares (embargo, prohibición de innovar, etc.).

En conclusión: subsisten las medidas cautelares clásicas y propias de los códigos procesales locales que aseguran provisoriamente los bienes del deudor y se fundan en el peligro de la demora. A ellas se agregan la tutela preventiva, o tutela de prevención, o tutela cautelar o sustancial o material o, de modo más sencillo, la acción preventiva del artículo 1711, nombre que es conveniente utilizar para evitar confusiones terminológicas y facilitar la identificación del instituto. La acción preventiva o de prevención puede consistir en: 1) una medida

autosatisfactiva que cumplimenta el objeto del proceso con la consumación de la pretensión procesal; 2) una tutela anticipada (o cautela material o tutela inhibitoria o anticipo de jurisdicción) que es accesoria de la principal en la que la prevención del daño se otorga como anticipo de jurisdicción, y atiende al objeto mismo de la pretensión que es la prevención del daño. Ahora, receptada por el Código la acción preventiva como instituto de derecho sustancial será necesaria la regulación en los códigos procesales provinciales de las dos especies esenciales: las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada. El tema está contemplado por ejemplo en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004 (art. 5°); en el artículo 371 del Código uruguayo y en el artículo 273 del Código brasileño, y lo prevén algunos códigos procesales provinciales (v. gr., art. 231 del Código de La Pampa y arts. 242 y 243 del Código de San Juan).

Art. 1712 *Legitimación.* Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

I) Resumen

La norma regula las personas habilitadas para ejercitar la tutela de prevención confiriéndola de modo amplio a quien ostente un "interés razonable".

II) Concordancias

Derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14); derechos de las comunidades indígenas (art. 18); deber de prevención del daño (art. 1710); acción preventiva (art. 1711); sentencia de la acción colectiva (art. 1713); concepto de daño (art. 1737).

III) Interpretación de la norma

La legitimación activa para interponer la acción de prevención es más amplia que la propia de la tutela resarcitoria y si bien excede la categoría clásica de damnificados directos e indirectos se puede sentar la siguiente regla: se presume el interés de quienes sufrieron o

pueden sufrir un daño individual o colectivo en su carácter de víctimas actuales o potenciales; los otros damnificados indirectos deben demostrar, aun sumariamente, su interés. En el caso de cese del agravamiento del daño en curso la legitimación se vincula, aunque no de modo excluyente, con la situación jurídica en la que se encuentra la víctima. Se puede ordenar el freno de la continuación del daño, sea el vínculo de fuente extracontractual (v. gr., las lesiones derivadas de un accidente de tránsito) o contractual (daños sufridos en el transporte de personas). En el ámbito contractual la legitimación preventiva corresponde sólo al contratante cumplidor (art. 1032). El interés puede ser individual o colectivo, tal como se desprende también del artículo 14 que comprende a los derechos colectivos, por lo que resulta útil la clasificación de los legitimados colectivos del artículo 43 de la Constitución Nacional que la confiere "al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones legalmente reconocidas". Ello se corresponde también con lo previsto en legislaciones especiales como la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 30) que la extiende -además de otorgarla a esos sujetos- al Estado nacional, provincial o municipal y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 52) que adiciona también al Ministerio Público Fiscal.

La noción de interés razonable es amplia y se vincula con el interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que configura el daño resarcible (art. 1737).

IV) Significado de la reforma

En la regulación legal de derecho sustancial de la tutela de prevención se determinan los sujetos legitimados activamente para deducir la acción de prevención.

Art. 1713 *Sentencia.* La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

I) Resumen

Se determina el contenido de la sentencia preventiva y se fijan los criterios de ponderación para evaluar su procedencia.

II) Concordancias

Derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14); derechos de las comunidades indígenas (art. 18); deber de prevención del daño (art. 1710); acción preventiva (art. 1711); concepto de daño (art. 1737).

III) Interpretación de la norma**III.1) Caracterización**

La sentencia puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido sólo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer. La norma dice que el juez “debe” disponer las medidas, lo que no debe entenderse como imperativo ya que la admisión procesal y sustancial de la pretensión depende de la concurrencia de los restantes requisitos. Además, y dada la naturaleza de las facultades judiciales, el juez también puede modificar la pretensión y adecuarla a las circunstancias del caso (por ejemplo, una obligación de dar sumas de dinero modificarla por una obligación de hacer). Rige analógicamente, por resultar compatible y en lo pertinente, el principio del artículo 204 del Código Procesal de la Nación, que establece que el juez “podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger”. La facultad oficiosa del juez sólo puede actuar en el marco de un proceso iniciado o en curso.

El objeto de la sentencia es impedir la producción o agravamiento del daño por lo que las medidas a disponer serán de lo más variadas

de acuerdo a las circunstancias y consistirán en detener o frenar un hecho, hacer cesar la realización de una actividad, asegurar o modificar una situación de hecho o de derecho, imponer obligaciones de hacer (v. gr., asegurar una pared con riesgo de caída a la vía pública) o de no hacer (v. gr., paralizar una construcción) o de dar (v. gr., entregar dinero para efectuar la reparación). Por eso los mandatos podrán ser innovativos de hacer y de no hacer. La medida y razonabilidad de la extensión del mandato debe resultar de un juicio de ponderación, principio arraigado y recurrente en todo el Código, atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y a la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Se trata del juicio de comparación entre la entidad y atendibilidad de los derechos en pugna, debiendo prevalecer los extrapatrimoniales sobre los patrimoniales y –según la naturaleza de los derechos en conflicto– los de incidencia colectiva sobre los derechos individuales, y la tutela de la persona a la del patrimonio.

El texto en análisis da cabida al mandato preventivo que es el dictado oficiosamente por el juez, al pronunciar sentencia definitiva en el marco de un proceso, cuya sustanciación le permitió conocer la probabilidad objetiva de que, de mantenerse la situación de hecho, el daño se producirá, repetirá o agravará. Es particularmente aplicable cuando está en juego el derecho a la seguridad y el derecho de las personas a la vida, salud e integridad física y psíquica.

III.2) Algunas aplicaciones jurisprudenciales

La jurisprudencia registra un rico y nutrido casuismo elaborado durante la vigencia pretoriana del instituto. Por ejemplo, se ordenó la prohibición de fumigar con agroquímicos un campo lindero a un barrio de viviendas por los efectos nocivos para la salud de las personas⁷⁶, en consonancia con un antecedente similar de la justicia santafesina⁷⁷; se admitió el desalojo anticipado (como tutela anticipada) de un in-

⁷⁶ SCJBA, 14-8-2012, “D., J. E. F. s/Acción de amparo”, Ac. C. 111.706.

⁷⁷ CCCom. de Santa Fe, sala II, 9-12-2009, “Peralta, Viviana c/Municipalidad de San Jorge y otros s/Amparo”, MJJ53277, con nota de COLOMBRES, Raúl A., *El glifosato y la aplicación del principio precautorio*, MJD4817.

mueble por falta de pago⁷⁸, y por vencimiento del contrato⁷⁹; el otorgamiento de la administración de las acciones societarias a un tercero imparcial⁸⁰; se ordenó al empleador que ante la urgencia en la atención de la salud del trabajador pague la indemnización (por un desprendimiento de retina)⁸¹; que la obra social entregue a la menor la cobertura total de las prestaciones para el trasplante de médula ósea⁸²; que cese el descuento del sueldo del afiliado para el pago del coseguro⁸³; que se cubran los gastos sanatoriales y quirúrgicos durante la sustanciación del juicio⁸⁴. Una medida autosatisfactiva dispuso el cese del cableado y traslado de una subestación transformadora ante la incerteza de los efectos nocivos de los campos electromagnéticos⁸⁵; se ordenó a la municipalidad el cumplimiento de una ordenanza exigiendo a los comercios habilitados a poner a disposición de los usuarios un listado con la nómina de productos transgénicos⁸⁶; se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se detengan las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles⁸⁷; se hizo lugar al amparo ambiental, declarando la nulidad de una resolución dictada por la entidad encargada del manejo del

⁷⁸ CCCom. de Azul, sala II, 20-12-2011, "Alomar, Dardo F. c/Oroquieta, César D. s/Desalojo. Falta de pago".

⁷⁹ CNCom., sala F, 3-5-2011, "Cencosud SA c/López de Portieri, Alicia s/Medida precautoria".

⁸⁰ CCCom. de Mar del Plata, sala III, 7-7-2011, "T. G. L. y otro c/A. O. B. s/Incidente".

⁸¹ CApel. de Trelew, sala A, 20-9-2011, "Reynoso, Hugo Alberto c/Unilan Trelew SA".

⁸² CFed. de Córdoba, sala A, 21-10-2011, "Bello, Fernando Sebastián y otra c/Osecac y otros s/Amparo", L. L. C. 2011 (noviembre), p. 1117; D. J. del 18-4-2012, p. 9, con nota de Jorge W. Peyrano.

⁸³ CTrab. de Bariloche, 3-8-2011, "García, Liliana Andrea c/IPROSS s/Medida autosatisfactiva", L. L. Patagonia 2011 (diciembre), p. 694.

⁸⁴ CCCom. de Jujuy, sala I, 29-6-2011, "Castillo, Pedro Celestino c/Mutual Rivadavia de Seguros de Transporte de Pasajeros", L. L. NOA 2011 (octubre), p. 1007.

⁸⁵ CFed. de La Plata, sala II, 8-7-2003, "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ENRE-Edesur".

⁸⁶ STJ de Río Negro, 17-3-2005, "Bordenave, Sofía A. s/Mandamus".

⁸⁷ CFed. de La Plata, sala III, 25-10-2007, "Agüero, Norberto y otros c/Municipalidad de Cañuelas", elDial - AA42D1.

agua por su arbitrariedad al determinar la disminución del caudal hídrico de un dique⁸⁸. También se admitió parcialmente el amparo colectivo ordenándose la suspensión por 90 días de las cláusulas contractuales que imponen a los usuarios de telefonía celular el pago de la tarifa desde el momento que se acciona la tecla *send* por resultar una práctica abusiva⁸⁹; se decretó el cese de la operatoria que impuso compulsivamente el seguro⁹⁰; el reintegro del seguro forzoso por robo de cajeros automáticos de los usuarios de tarjeta de crédito⁹¹; se confirmó la constitucionalidad de la ley de la Provincia de Río Negro que obligaba a la empresa a detallar en el cuerpo de la factura emitida los consumos realizados por el usuario⁹²; se decidió que el Estado como autoridad de aplicación de la ley de lucha contra el sida debe velar por su correcto cumplimiento, lo que incluye asegurar la continuidad y regularidad de la entrega de los medicamentos y del tratamiento médico⁹³.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1713 regula los efectos de la sentencia preventiva, fijando las bases sustanciales que deberán ser completadas por la legislación procesal local. Esta disposición se integra y complementa, en base al orden de prelación de los artículos 963 y 1709, con la legislación especial (v. gr., el principio de prevención del Derecho del Consumo -art. 52, ley 24.240-), el de prevención y precaución en el

⁸⁸ CCCom. de Córdoba, 16-9-2008, "Fonseca, Ricardo y otros c/DIPAS s/Amparo", elDial - AA4D27.

⁸⁹ STJ de Río Negro, 1-3-2006, "Decovi (Asociación Civil 'Defensa del Consumidor de Viedma') c/Compañía de Teléfonos del Interior (CTI)", L. L. Patagonia 2006-433.

⁹⁰ CNCom., sala C, 13-2-2004, "Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires", L. L. 2004-C-847.

⁹¹ CNCom., sala C, 13-12-2004, "Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires", L. L. 2004-C-847 y J. A. 2005-IV-344.

⁹² CSJN, 11-7-2007, "Telefónica de Argentina SA s/Acción de inconstitucionalidad", Fallos: 330:3098.

⁹³ CSJN, 1-6-2000, "Asociación Benghalisis y ot. c/Ministerio de Salud s/Amparo", Fallos: 323:1335.

derecho ambiental (arts. 2º, 4º, 27, 30). Además, mantienen vigencia otras previsiones legales de similar finalidad preventiva⁹⁴.

Art. 1714 *Punición excesiva.* Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

Art. 1715 *Facultades del juez.* En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

I) Resumen

Ambas normas receptan las facultades judiciales para morigerar o suprimir el monto que debe afrontar el obligado al pago en caso de que la acumulación de las condenaciones de distinta naturaleza (civil, administrativa, penal) las torne irrazonables o abusivas. Los dos artículos (actuales 1714 y 1715) correspondían al originario artículo 1715 del Anteproyecto de la Comisión de Reformas y del Proyecto del Poder Ejecutivo que preveía la sanción pecuniaria disuasiva (o daño punitivo), instituto que la Comisión Bicameral suprimió al eliminar el anterior artículo 1714 y modificar el artículo 1078. Sin embargo mantuvo el inicial artículo 1715 y lo desdobló (en los actuales arts. 1714 y 1715) pese a que estaba destinado a regular los efectos de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva –daño punitivo– (art. 1714), en el marco de una función más amplia de la responsabilidad civil. Por ello, las dos normas actuales (arts. 1714 y 1715) resultan desacertadas, ya que originariamente y unificadas contemplaban eventuales efectos de un instituto (la sanción pecuniaria disuasiva) que se eliminó del Código Civil y Comercial. La figura sólo mantiene vigencia en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 modificada por la ley 26.361) que la denomina daño punitivo y se inscribe en las facultades judiciales morigeradoras. El instituto estaba previsto como “multa civil” en el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 1587).

⁹⁴ Ver art. 1710, punto III.1, *El régimen anterior y la subsistencia de las normas.*

II) Concordancias

Facultades judiciales (art. 771); objeto de la cláusula penal (art. 791); ejecución de la cláusula penal (art. 794); control judicial de las cláusulas abusivas (art. 989); atenuación de la responsabilidad (art. 1742). Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 52 bis). Ley General del Ambiente 25.675 (arts. 2º y 4º). Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 (art. 1º). Ley 25.453 (modificatoria del art. 195, CPCCN). Ley sobre Medidas Cautelares en las que el Estado es Parte o Interviene 26.854 (art. 9º).

III) Interpretación de las normas

III.1) *Los antecedentes*

1. La interpretación de los artículos 1714 y 1715 remite, necesariamente, a los antecedentes del trámite legislativo para procurar entender su significado y alcances.

El texto originario del artículo 1714, tanto de la Comisión de Reformas como del Proyecto del Poder Ejecutivo, establecía: “Artículo 1714 – *Sanción pecuniaria disuasiva.* El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

De este modo se receptaba la función punitiva o sancionatoria de la responsabilidad civil que se sumaba a la prevención y al resarcimiento, consagrando una función tripartita (anterior art. 1708). Ahora, en el Código vigente se mantienen sólo las dos primeras (la prevención y el resarcimiento, actual art. 1708).

Por su lado, el anterior artículo 1715 disponía: “*Punición excesiva.* Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales

o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Esta previsión actuaba como contrapeso de eventuales excesos en la aplicación y cuantificación de la sanción disuasiva. Si a raíz de un hecho (el artículo se refería a un “mismo” hecho nocivo) concurren varias sanciones de distinta naturaleza (por caso, condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles) que provocan una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computar el resultado de esa acumulación. En tal supuesto de excepción puede reducir la cuantía o dejar sin efecto, total o parcialmente, la sanción pecuniaria como arbitrio para morigerar el eventual la punición desproporcionada.

Esta regla correspondía a una propuesta formulada en las Jornadas Nacionales de 1999 en Santa Fe y responde a una atendible inquietud de la doctrina⁹⁵. Se sostiene que “las penalidades deben respetar las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa. Además, no han de ser excesivas. La multa, resultará excesiva cuando, en el singular proceso en el que se la aplica, exorbita o rebasa el *quantum* que la finalidad de la sanción aconseja a fin de disuadir de conductas futuras. La penalidad debe alcanzar un monto tal que resulte efectiva, que logre los designios para los que se la aplica. Pero no más”⁹⁶.

A fin de conferirle coherencia al sistema, el Anteproyecto también modificaba el artículo 52 bis de la 24.240, que se adecuaba a las pautas generales propias del Derecho Privado. El texto proyectado disponía lo siguiente: “*Sanción pecuniaria disuasiva*. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia

⁹⁵ PIAGGIO, Aníbal Norberto; COMPIANI, M. Fabiana; CABRERA, Delma y VETRANO, Alejandro Javier, *Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Código Civil de 1998*, en R. C. y S. 2000-68; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 313.

⁹⁶ HERNÁNDEZ, Carlos y SOZZO, Gonzalo, *La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2011-2, *Daño punitivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 368.

los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Se advierte claramente la armonización de ambas normas, la general y propia del sistema de derecho privado (el anterior art. 1714) y la microsistémica (el texto del art. 52 bis proyectado para la Ley de Defensa del Consumidor), en el que se suprimía el tope de la sanción que la norma vigente fija en \$ 5.000.000 –según la reforma del año 2008 introducida por la ley 26.361–.

2. La Comisión Bicameral del Congreso de la Nación suprimió el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva (o daño punitivo o multa civil) del Código Civil y Comercial con los siguientes fundamentos: “Se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto, con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo se mantiene el artículo 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el artículo 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el artículo 52 bis en la ley 24.240 y su modificatoria. Asimismo, se adecua la denominación de la Sección 2ª a la que pertenece el artículo suprimido con la finalidad de comprender a la función preventiva y al supuesto de punición excesiva. También, se suprime el inciso h, del artículo 930 relativo a las obligaciones no compensables entre las que se encuentra, en la versión de origen, la obligación de pagar una sanción pecuniaria no disuasiva. Con la misma finalidad se modifica la redacción

del artículo 1708, relativo a las funciones de la responsabilidad, suprimiendo la referencia a la sanción pecuniaria disuasiva”.

La Comisión Bicameral también suprimió el texto proyectado del artículo 52 bis de la ley 24.240, que adecuaba el instituto al sistema general del Código Civil y Comercial, del siguiente modo: “*Sanción pecuniaria disuasiva*. Se estima conveniente mantener la redacción del actual artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 que limita las facultades de imponer multa civil a los jueces a favor del consumidor”.

Por lo tanto, el artículo 1715 del Proyecto se desdobló en los actuales artículos 1714 y 1715 del Código.

3. En base a los antecedentes expuestos, cabe concluir que se eliminó del derecho privado la sanción pecuniaria disuasiva en una forma más amplia que la subsistente para el derecho del consumo, manteniendo vigencia el actual artículo 52 bis de la LDC que lo denomina “daño punitivo”. Por el contrario, no es compartible la opinión que sostiene que, pese a la referida supresión, igualmente conserva vigor la “sanción pecuniaria” disuasiva, como función de la responsabilidad civil, en razón del título del artículo (*Punición excesiva*) y de su contenido que alude a “condenaciones pecuniarias [...] civiles”.

El mantenimiento del anterior artículo 1715, que se convirtió en los actuales 1714 y 1715 del Código, resulta desacertado porque se eliminó el instituto (la sanción pecuniaria disuasiva) que le confería sustento: evitar que la acumulación de distintas sanciones, derivadas de la función punitiva de la responsabilidad civil, tornara gravoso el *quantum* de la sanción. Igualmente es inapropiado sostener que se le quita a los jueces la potestad de aplicarla, admitiendo en cambio que lo haga la autoridad de aplicación, en lo que parece ser una confusión con el denominado “daño directo” del artículo 40 bis de la LDC, modificado por la ley 26.993 (art. 59, ley 26.993 –promulgada el 18-9-2014–, modificatorio del art. 40 bis, ley 24.240).

En lo que concierne al artículo 804 del Código, mencionado en los fundamentos del dictamen, se observa que también remite a una cuestión ajena a la responsabilidad civil; se trata de las conminaciones, mandatos judiciales o astreintes que tienden a compeler el cumplimiento de las sentencias judiciales firmes. La figura se conoce también como “constricciones”, “multas conminatorias”, “condenas conminatorias”, “san-

ciones conminatorias”, “condenaciones conminatorias”, “condenaciones económicas”, “constricciones patrimoniales”, etcétera⁹⁷. Estaba prevista en el artículo 666 bis del código derogado y subsiste en códigos procesales (por ejemplo, CPCCN, arts. 37 y 195 –según el art. 14 de la ley 25.453–, que la denomina cargas personales pecuniarias) y fue recogida por el artículo 804 como sanciones conminatorias.

Puede inferirse que la finalidad de los actuales artículos 1714 y 1715 se emplaza en la reafirmación de las facultades judiciales de morigeración o reducción de obligaciones excesivas o abusivas, de fuente legal o convencional. Su campo de aplicación, como se desprende de los fundamentos del dictamen de la Comisión Bicameral, corresponde a los efectos excesivos que pueden resultar de la aplicación de la punición excesiva del Derecho del Consumo, pese a que ello es innecesario ante la específica previsión del artículo 52 de la LDC que prevé un tope sancionatorio (fijado en \$ 5.000.000), aspecto que ya fue criticado por la doctrina porque en ciertos casos ese monto podrá resultar insuficiente. En cambio, cabe entender que en caso de defectos de interpretación del citado artículo 52 bis de la LDC procede acudir complementariamente a la norma proyectada (anterior art. 1714) como fuente de interpretación correctora.

Por lo demás, la aplicación de la facultad judicial de morigeración rige también en algunos supuestos como límite complementario de otras previsiones ajenas a la función de la responsabilidad civil; por ejemplo en caso de intereses excesivos (art. 771, “facultades judiciales”), en el abuso del derecho (art. 794, “ejecución de la cláusula penal”), en las astreintes (el art. 804 las denomina correctamente como “sanción conminatoria”), en el control de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales abusivas (arts. 985, 986, 988, 989). Igualmente las dos normas en comentario pueden ser utilizadas de modo complementario para interpretar algunas

⁹⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Astreintes (Algunos de sus aspectos en el Derecho argentino y francés)*, en L. L. 1992-D-570; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2A, *Parte General. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 579; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Las astreintes y el incumpliendo de mandatos judiciales*, en E. D. 85-428.

otras facultades judiciales en el ámbito específico de la responsabilidad civil, que es en definitiva en el libro y título en el que se mantienen las normas (Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, Sección 2ª). Ello así, por caso, en los supuestos de atenuación de la responsabilidad (art. 1742).

En conclusión, los artículos 1714 y 1715 resultan innecesarios porque establecen una facultad residual para impedir el abuso de la sanción por daño punitivo del Derecho del Consumo, el que tiene un régimen propio (el citado art. 52 bis, LDC), o como potestad para reducir otras obligaciones gravosas, las que también tienen su propia regulación específica (v. gr., arts. 771, 794, 1742 y concs.).

III.2) *La sanción pecuniaria disuasiva en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*

1. La Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado juntamente con la Ley 26.854 sobre Medidas Cautelares en las Causas en las que el Estado es Parte o Interviene constituyen un microsistema jurídico que procura establecer una responsabilidad del Estado más acotada en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad civil y a la extensión del daño resarcible.

El artículo 1º, última parte, de la ley 26.944 establece: “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Por su lado la ley 26.854, entre otras disposiciones, en su artículo 9º establece: “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”. Este artículo es copia y reitera textualmente el artículo incorporado por la ley 25.453, del año 2001, y denominada de equilibrio fiscal, que ya había introducido en la última parte del artículo 195 del CPCCN la prohibición de aplicar las astreintes en contra del Estado y sus funcionarios y que se repite: “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma

perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

Dichos preceptos se apartan del principio general que establece el artículo 37 del CPCCN: “Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

En la doctrina se señaló que la referida ley 25.453 del año 2001 se dictó con la finalidad de que los particulares obtengan el reintegro de sus depósitos bancarios y fue objeto de severas críticas y de pronunciamientos judiciales adversos⁹⁸. En sentido concordante se pronunció Gozaíni⁹⁹. Se la calificó como una medida desesperada que adoptó el Estado en diciembre de 2001¹⁰⁰.

Se advierte claramente la reiteración de dos mandatos normativos idénticos que prohíben aplicar las astreintes en contra del Estado y sus funcionarios: uno es de carácter más general al estar previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 195); el

⁹⁸ ARAZI, Roland, *El Estado y las medidas cautelares (ley 26.854)*, en J. A. 2013-II; GORDILLO, Agustín, *Hay jueces en la Argentina. La inconstitucionalidad de imponer astreintes a los funcionarios públicos*, en L. L. 2004-C-151; ver, entre otros, CNFed.CAdm., sala 5ª, 19-9-2001, “Frigorífico Morrone SA y otros c/ Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección General Impositiva”; CFed. de La Plata, sala III, 11-10-2001, “Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Poder Ejecutivo Nacional”, J. A. 2003-III-255/256.

⁹⁹ GOZAÍNI, Osvaldo A., *Las medidas cautelares ante la ley 26.854*, en Supl. Esp. *Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853*, del 23-5-2013, p. 73, AR/DOC/1928/2013. Sobre el tema y las modificaciones legislativas relativas al régimen actual y el anterior en materia de medidas cautelares se remite también a OTEIZA, Eduardo, *El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854*, en Supl. Esp. *Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853*, del 23-5-2013, p. 95, AR/DOC/1955/2013.

¹⁰⁰ MAURINO, Alberto Luis, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Ley 26.854*, en J. A. 2013-II.

otro más específico porque se trata de la ley especial que rige en todos los casos en los que el Estado intervenga o sea parte y se sustancien medidas cautelares (art. 9º, ley 26.854). Adherimos a la interpretación de Verbic cuando dice que como el citado artículo 9º de la ley 26.854 se trata de “una manda contenida en una ley sobre medidas cautelares, es de suponer que tal prohibición sólo aplica cuando la carga pecuniaria apunte a obtener el cumplimiento de una orden de ese tipo. De interpretarse en esta forma, lo cual está por verse, los jueces continuarían gozando de competencia para imponer tales sanciones cuando se trate de compeler al cumplimiento de la sentencia de mérito (instrumento ya utilizado por la CSJN en el marco de la causa ‘Mendoza’, y también previsto en el proyecto brasileño sobre ‘Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas’)¹⁰¹.”

Como sea, ambas limitaciones legales (art. 195, CPCCN y art. 9º, ley 26.854), y ceñido el análisis a lo relativo a la prohibición de imponer astreintes al Estado y a los funcionarios públicos, según una postura, resultan inconstitucionales por arbitrarias y lesivas de la garantía de acceso a la jurisdicción y afectar el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43, CN)¹⁰², por conculcar la igualdad ante la ley y el derecho a la propiedad del ciudadano que está en situación desventajosa ante el Estado y porque se convalida la inacción del funcionario público y la ineficacia de los juicios en los que el Estado intervenga al gozar del privilegio de no poder ser compelido a cumplir los deberes impuestos por mandatos judiciales (arts. 16 y 17, CN). Resultan aquí de aplicación algunas de las consistentes objeciones formuladas por la doctrina procesal que cuestionó la constitucionalidad del régimen general instaurado por la ley 26.854.

2. El artículo 1º *in fine* de la ley 26.944, que prohíbe la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas al Estado y a sus agentes y funcionarios, *admite dos interpretaciones*: a) que se refiere a las astreintes o sanciones conminatorias del artículo 804, Código Civil y Comercial

y de los códigos procesales; b) que alude a la función punitiva de la responsabilidad civil, es decir a la sanción pecuniaria disuasiva, al artículo 1714 del Anteproyecto suprimido por el Congreso de la Nación, esto es a los daños punitivos previstos sólo en el artículo 52 bis de la LDC.

a) La primera interpretación se funda, esencialmente, en el debate legislativo, especialmente en los informes y dictámenes de la minoría. Tiene en consideración que las referencias al instituto regulado aluden a la figura de las astreintes o sanciones conminatorias, equiparadas en esos informes a la sanción pecuniaria disuasiva, puntualizando que el proyecto de ley tendía a prohibir las conminaciones en contra del Estado y de sus funcionarios relativas al cumplimiento de las sentencias o mandatos judiciales. Este enfoque otorga valor interpretativo al análisis de los informes de las distintas comisiones de ambas Cámaras del Congreso¹⁰³. Además se valora que la ley no puede referirse a la sanción pecuniaria disuasiva ya que fue suprimida del Anteproyecto y, en todo caso, el legislador si quería prohibir la función punitiva debía denominarla daño punitivo o multa civil, que son las dos acepciones contenidas en el artículo 52 bis. De ese modo se interpreta que por un error conceptual cuando el artículo 1º de la ley 26.944 se refiere a la sanción pecuniaria disuasiva debe leerse y entenderse que está aludiendo a las astreintes. Por consiguiente, según esta postura, no estaría prohibida la aplicación al Estado de los daños punitivos de la ley 24.240 en los supuestos en los que su responsabilidad se juzgue en base a ese régimen microsistémico, es decir en los casos en que la ley especial 26.944 queda desplazada y rige la ley del derecho del consumo para el Estado como proveedor de servicios (supuesto de la responsabilidad del Estado por daños sufridos por el paciente de un hospital público, entre otros –arts. 2º, 52 bis y concs., LDC–). Esta

¹⁰³ Ver Antecedentes Parlamentarios, *Ley 26.944 Responsabilidad del Estado*, La Ley, Buenos Aires, agosto de 2014, N° 7. Por ej.: diputados Tunessi, p. 66, N° 34; Tonelli, p. 69, N° 52; Duclós, p. 73, N° 73; Camaño, p. 77, N° 94; Carranza, p. 79, N° 108; Garrido, p. 87, N° 153; Stolbizer, p. 92, N° 183; Fortuna, p. 94, N° 190; Fadul, p. 103, N° 242; Favario, p. 104, N° 246; Brown, p. 105, N° 248; González, p. 119, N° 326; Solá, p. 125, N° 353; Alonso, p. 126, N° 359; intervención de los senadores González, Garramuño.

¹⁰¹ VERBIC, Francisco, *El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos*, en Supl. Esp. *Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853*, del 23-5-2013, p. 155, AR/DOC/1947/2013.

¹⁰² GOZAÍNI, *Las medidas cautelares ante la ley 26.854* cit., p. 73.

interpretación está reforzada por las menciones doctrinarias efectuadas en el seno del debate legislativo que remiten a distintos trabajos sobre astreintes o sanciones conminatorias y por los ejemplos que se utilizan argumentalmente que se refieren a las sanciones o astreintes que los jueces imponen a los funcionarios para garantizar el cumplimiento de las sentencias o mandatos judiciales mencionando, por ejemplo, antecedentes de la Corte de la Nación (CSJN, causa "Mendoza"). Adherimos a esta posición en anterior oportunidad¹⁰⁴.

b) La segunda interpretación sostiene que la ley 26.944 prohibió los daños punitivos ya que la ley especial enfatizó que el instituto suprimido en el Anteproyecto también fue excluido para juzgar la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Atiende esencialmente al informe de la mayoría, vertido en el Senado de la Nación, pese a la equiparación de los informes de la minoría y concluye que lo efectivamente prohibido es la aplicación de la función punitiva para el Estado. Por lo tanto no le son aplicables los daños punitivos, previstos como tal en el artículo 52 bis de la LDC.

III.3) *La sanción pecuniaria disuasiva en el Anteproyecto*

Efectuaremos algunas consideraciones sobre la figura en el texto proyectado por la Comisión de Reformas.

III.3.A) *Concepto y caracterización.*

La denominación. La finalidad

En el Derecho extranjero se la caracteriza como "una indemnización pecuniaria concedida al demandante, en un pleito civil, que es adicional e independiente de toda otra indemnización de carácter compensatorio y a la que es condenado a pagar el demandado por ser culpable de lesionar flagrantemente los derechos del actor"¹⁰⁵. Señala Pizarro que

¹⁰⁴ GALDÓS, Jorge M., con la colaboración de BLANCO, Gustavo H., *La sanción pecuniaria disuasiva en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, en obra colectiva, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, dir. por Horacio Rosatti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

¹⁰⁵ CORDERCH, Pablo Salvador y CASTIÑEIRA, Palou María Teresa, *Prevenir y castigar. Funciones del Derecho de Daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 164;

"son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro"¹⁰⁶. Kemelmajer de Carlucci acota "que 'los *punitive damages*' se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo"¹⁰⁷. La sanción pecuniaria disuasiva consiste en adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros¹⁰⁸.

La denominación de "sanción pecuniaria disuasiva" se ajusta adecuadamente al contenido y funciones del instituto que ha sido identificado con distintos nombres. Por ejemplo se la denominó multa civil, daños punitivos, indemnizaciones sancionatorias, indemnizaciones punitivas, daños agravados o ejemplares, pena pecuniaria, penas civiles, sanciones retributivas, represivas o ejemplares. Se señala que la referencia en la denominación al daño es incorrecta porque lo que se castiga es la conducta (y no el daño), y además al agregarle punitivo o sancionatorio se incurre en una contradicción. La sanción pecuniaria disuasiva es una expresión que denota que se trata de una sanción, es decir que se refiere a la función punitiva de la responsabilidad civil,

OWEN, David G. y DAVIS, Mary J., *Produces Liability and Safety-1998 Case and Statutory Supplement*, Foundation Press, New York, 1998, p. 512.

¹⁰⁶ PIZARRO, Ramón Daniel, *Derecho de Daños. Segunda parte. Homenaje al doctor profesor Félix A. Trigo Represas*, dir. por Aída Kemelmajer de Carlucci y coord. por Carlos A. Parellada, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291; *El principio de reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva*, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales, 1998, t. XXXVI, p. 123.

¹⁰⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el Derecho argentino?*, en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVIII, Segunda época, N° 3.

¹⁰⁸ MAYO, LLAMAS POMBO y GALDÓS, *Daños punitivos. Diálogos de la doctrina* cit., p. 5; GALDÓS, Jorge Mario, *Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones*, en R. C. y S. 1999-23, y *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 133.

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

de naturaleza pecuniaria, porque constituye una prestación de dar sumas de dinero, pero que también reviste otra función de igual jerarquía consistente en la disuasión de futuras conductas que puedan causar daños, conforme su tipificación legal. Además la denominación se integra con términos usuales en el Derecho argentino que la tornan preferente a, por ejemplo, sanción civil pecuniaria extrapatrimonial. La referencia a la naturaleza penal que se desprende de ese término –sanción– se neutraliza con las otras categorizaciones que le siguen (pecuniaria disuasiva). En este sentido cabe recordar que, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “disuadir” significa: “inducir, mover a alguien con razones a mudar de dictamen o a desistir de un propósito”. Se procura que el dañador no vuelva a dañar y que la sanción pecuniaria tenga efectos ejemplificadores respecto de terceros.

III.3.B) *Las distintas opiniones. La postura que los admite. Antecedentes*

1. En la doctrina argentina calificados autores se han pronunciado en contra de la admisión de la sanción pecuniaria disuasiva¹⁰⁹; otra postura participa de un criterio intermedio, y un tercer criterio es favorable a su recepción¹¹⁰.

¹⁰⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Serie I, Anuarios, Segunda época, Año XXXIX, N° 32, 1994, y *Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, en L. L. 1994-B-860; *Algo más sobre los llamados “daños punitivos”*, en L. L. 1994-D-863; MAYO, Jorge A., *La inconsistencia de los daños punitivos*, en L. L. 2009-B-1269; LLAMAS POMBO, *Formas de reparación del daño* cit., p. 3; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Daños punitivos*, en ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 286; *La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*, en L. L. 2010-C-878; BUERES, Alberto y PICASSO, Sebastián, *La responsabilidad por daños y la protección al consumidor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2009-1, p. 31.

¹¹⁰ PIZARRO, *Derecho de Daños. Segunda parte. Homenaje al doctor profesor Félix A. Trigo Represas* cit., p. 291; *El principio de reparación plena del daño. Situación actual. Perspectivo* cit., t. XXXVI, p. 123; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. y PIZARRO, Ramón D., *Los daños punitivos en el Derecho argentino*, en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año I, N° 1, sep-

La postura negatoria sostiene que es un instituto propio del Derecho Penal y por consiguiente una sanción represiva que vulnera los principios del debido proceso, del juez natural y de legalidad, infringiendo el precepto *nom bis in idem* (arts. 28 y 33, CN). Se añade que importa un retorno a la pena privada y que conculca el derecho de propiedad produciendo un enriquecimiento sin causa de la víctima y superponiendo los rubros pecuniarios (multa penal, administrativa y civil). Finalmente se dice que estimula la litigiosidad, que su efecto disuasivo es dudoso, que en el proceso colectivo premia “al que llega primero”, que contradice la acción punitiva penal y que desalienta las inversiones productivas porque traslada al consumidor el costo de prevención y de producción, el que se incrementa.

Una posición intermedia admite que la víctima opte por reclamar el daño efectivamente sufrido o, en su defecto, las ganancias percibidas por el dañador, por lo que sólo procede en los llamados “ilícitos lucrativos”, es decir cuando el sujeto asume las consecuencias del ilícito civil sabiendo que los beneficios que obtendrá serán superiores a la condena por el resarcimiento pleno de ese daño¹¹¹. En parecida orientación, se afirma que la víctima además de la reparación tiene una acción restitutoria contra el dañador por el enriquecimiento obtenido por el ilícito en base al principio que veda beneficiarse con el fruto de un ilícito a costa del titular del derecho usufructuado, todo lo que no debe confundirse con el enriquecimiento sin causa¹¹². En esta co-

tiembre de 2010, p. 65; ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 604; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín, *Indemnización punitiva*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI y BUERES (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini* cit., p. 189; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor*, en J. A. 2008-II-1198, y *Los daños punitivos* cit.; MOISÁ, Benjamín, *Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240*, en R. C. y S. 2008-271; IRIGOYEN TESTA, Matías, *Fórmulas para cuantificar los daños punitivos*, ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, junio de 2011.

¹¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?* cit.

¹¹² MAYO, Jorge A., *El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito*, en L. L. 2005-C-1018; *La inconsistencia de los daños punitivos* cit., p. 1269.

riente se emplaza ejemplificativamente el precedente judicial que juzgó el caso en el que resultaba más rentable el uso indebido de la marca de un conocido programa televisivo que la indemnización del daño causado precisamente por ese uso indebido. Se trata de los casos en que es más rentable seguir dañando e indemnizar¹¹³.

La tercera postura, favorable a la recepción normativa de la sanción pecuniaria, parte de un presupuesto insoslayable: la responsabilidad civil cumple tres funciones esenciales: prevenir, reparar, sancionar. Sostiene que la pena es pública o privada según atienda al interés social o al particular y lo sea a favor de la víctima, de la sociedad o de terceros; de ellas la multa es la pena pecuniaria por excelencia que afecta al patrimonio del infractor. Se trata, en suma, de una sanción económica para prevenir y reprimir infracciones o delitos que afecten al orden social¹¹⁴. El objeto de castigo es la conducta del infractor¹¹⁵. Se acota que en la pena media identidad ontológica (en el precepto y en la sanción), y en la estructura de la norma civil y de la penal y que la distinción entre sanción civil y sanción penal obedece a circunstancias dogmático-contingentes establecidas por el legislador, quien determina su naturaleza¹¹⁶. Por ello la multa civil “está desprovista de los principios, normas y garantías del Derecho Penal. Las penas pecuniarias que se mandan a pagar en concepto de daños punitivos no constituyen sanciones penales sino civiles y quedan, por lo tanto, al margen de esas garantías”¹¹⁷. En las XXIII Jornadas Nacionales de

¹¹³ CNFed.CC, sala 3ª, 28-10-97, “García y García, Ovidio c/Televisora Federal SA Telefé”, L. L. 1998-A-200. Se trata del nombre del programa “Hola Susana” registrado por el actor, quien obtuvo una condena resarcitoria de 9 millones de pesos por daños materiales y 1 millón por daño moral.

¹¹⁴ GALDÓS, Jorge M., *La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto*, en L. L. del 11-6-2012, p. 1.

¹¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Función preventiva de daños*, en L. L. del 3-10-2011, p. 1, y *Relevancia cuantitativa del daño*, en R. C. y S., febrero de 2012, p. 95.

¹¹⁶ LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor* cit., p. 1198, y *Los daños punitivos* cit.; MOISÁ, *Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240* cit., p. 871.

¹¹⁷ XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999; LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor* cit., p. 1198, y *Los daños punitivos* cit.; PIZARRO, *Derecho de*

Derecho Civil, celebradas en Tucumán en 2011, se concluyó que “los principios de prevención y precaución se inscriben en la función preventiva que es prioritaria en el Derecho de Daños”, acotándose que “dichos principios proyectan su operatividad en el campo sustancial y procesal”. Y que “las instituciones que determinan condenas pecuniarias implican una función de prevención general que se adiciona a la función de prevención especial”.

2. El Anteproyecto había receptado la sanción pecuniaria disuasiva –daño punitivo–. La figura reconoce su antecedente en el artículo 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, que establecía: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

III.3.C) Régimen proyectado. *Ámbito de aplicación*

1. El instituto es complejo y opinable como lo revela la proficua bibliografía nacional y fue regulado –sostienen los Fundamentos– en una decisión de política legislativa considerando también que ya había sido receptado por el régimen microsistémico del consumo que lo introdujo en el Derecho argentino; por ello, no era una figura totalmente extraña. Además, es evidente la conveniencia de atender las críticas que generó, a la experiencia jurisprudencial (aunque relativamente escasa) y, esencialmente, a la prolífica doctrina nacional elaborada a raíz del Proyecto de Código Civil de 1998. Las soluciones adoptadas reflejan los debates y acuerdos doctrinarios suscitados a raíz del citado Proyecto y las conclusiones de varios eventos jurídicos.

Debe ponerse de relieve que el Anteproyecto también regulaba la sanción pecuniaria disuasiva en el Derecho de Consumo, sustituyendo

Daños. Segunda parte. Homenaje al doctor profesor Félix A. Trigo Represas cit., p. 291; *El principio de reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva* cit., t. XXXVI, p. 123; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?* cit.

el artículo 52 bis de la ley 24.240 por un texto idéntico al artículo 1714, salvo que este último regiría únicamente para el “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”, armonizándolo con el principio general acotado a los derechos colectivos que recaían sobre bienes colectivos (art. 1714). Igualmente el texto proyectado estaba destinado a tener mucha incidencia en el Derecho Ambiental¹¹⁸.

2. El ámbito de la sanción pecuniaria disuasiva en el Anteproyecto comprendía sólo al daño consumado contra los derechos (“hacia” los derechos, decía la norma) de incidencia colectiva que recaían sobre bienes colectivos (por ejemplo, el ambiente, la transparencia de mercado, la competencia, etc., mencionados en el art. 43 de la Constitución Nacional). De modo que estaba excluida su aplicación para los daños bilaterales y para los individuales homogéneos. El esquema que quedaba diseñado era el siguiente: la sanción pecuniaria disuasiva del código derogado regía para los supuestos de daños colectivos sobre derechos de incidencia colectiva; los daños patrimoniales o extrapatrimoniales de la relación de consumo quedaban alcanzados por la previsión de la ley especial que contemplaba el artículo 52 bis de la ley 24.240 (también modificado por el Anteproyecto) que era estructuralmente idéntico al artículo 1714; estaban excluidos de la figura los derechos individuales o bilaterales patrimoniales o extrapatrimoniales que no pertenecían a la relación de consumo.

III.3.D) Requisitos de procedencia. La legitimación

1. Para la procedencia de la nueva figura debían concurrir, como se interpretó a propósito de la multa civil del artículo 1587 del Proyecto de 1998, dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero, el subjetivo, consiste en el grave menosprecio del legitimado pasivo hacia los derechos colectivos; el anterior texto proyectado de 1998 era más amplio porque además del supuesto de “grave indiferencia respecto de los derechos de incidencia colectiva” comprendía la “grave indiferencia hacia los intereses ajenos”. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa o la debida diligencia y debe concurrir una conducta delibera-

da, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia. Se requiere “una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)” y “proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasuntan menosprecio” por los derechos ajenos. La condena por daños punitivos es procedente sólo ante la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable¹¹⁹. La jurisprudencia al interpretar el artículo 52 bis de la ley 24.240 siguió ese criterio de considerar insuficiente a la culpa¹²⁰. En un precedente que exigió el elemento subjetivo agravado¹²¹ se mencionaron varios fallos que aplicaron la sanción pecuniaria teniendo en cuenta la culpa agravada. Por ejemplo, se decidió que es procedente si existió “un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva”¹²²; “graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios”¹²³; “una conducta particularmente grave”¹²⁴; un “daño causado con malicia, mala

¹¹⁹ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor*, Lexis N° 003/013877. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, septiembre de 1999, citadas y analizadas por LÓPEZ HERRERA, *Los daños punitivos* cit., ps. 303 y ss.; XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 2009; XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, Posición 15 A, de la mayoría, en www.cadjj.org.ar/documentos/Jornadas.

¹²⁰ CCCom. de Salta, sala I, 13-4-2011, “P., D. H. C/Telecom Personal SA”, con nota aprobatoria de ONDARCUHU, José I., *Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional*, en L. L. 2011-C-123; CCCMin. de General Roca, 26-3-2010, “Ríos, Juan Carlos c/Lemano SRL. Altas Cumbres”, R. C. y S. 2010-225.

¹²¹ CCCom. 3ª Nom. de Córdoba, 17-4-2012, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG s/Abreviados, otros” (por la presencia de un envase de gel íntimo en una bebida), R. y S. 2012-V-160; eDial.com – AA75AF; con notas de CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Daños punitivos sí, daños punitivos no...*, en L. L. del 3-5-2012, p. 3; NALLAR, Florencia, *Procedencia y cuantificación de los daños punitivos*, en L. L. del 31-5-2012, p. 6. El TSJ de Córdoba, con fecha 15-4-2014, confirmó dicha sentencia (L. L. 2014-C-50).

¹²² CCCom. de Mar del Plata, sala II, 27-5-2009, “Machinandarena Hernández c/Telefónica de Argentina”, L. L. 2009-C-647.

¹²³ CCCom. de Rosario, sala II, 29-7-2010, “Rueda, Daniela c/Claro Amx Argentina SA”.

¹²⁴ CNCCom., 26-4-2011, “Fasan, Alejandro c/Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados”.

¹¹⁸ GALDÓS, Jorge M., *La sanción pecuniaria disuasiva ambiental*, en *Revista de Derecho Ambiental*, julio/septiembre de 2012, N° 31, p. 86.

fe, grosera negligencia”¹²⁵. En suma, el Anteproyecto cuando regulaba la sanción pecuniaria disuasiva contemplaba un factor de atribución de la responsabilidad (culpa agravada o culpa más un “plus”) que se añadía a los otros dos factores subjetivos clásicos: la culpa y el dolo (arts. 1721, 1724).

Con relación al restante requisito, el elemento objetivo, consistía en una conducta que producía un daño de incidencia colectiva, que superase un piso o umbral mínimo y que le confriera, por su trascendencia social, repercusión institucional o, por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad.

2. La legitimación se confería a los damnificados que estuviesen habilitados para reclamar en defensa de los derechos de incidencia colectiva que recaían sobre bienes colectivos, en consonancia con *el interés razonable* exigido para deducir la pretensión preventiva (art. 1712). O sea, se trataba de una legitimación prudente, acorde con un instituto nuevo y en proceso de delineación por la doctrina y jurisprudencia, aspecto que destacan los Fundamentos del Código. De este modo la legitimación para reclamar daños punitivos se correspondía y armonizaba con la de quien, en el mismo juicio, podía acumular la acción resarcitoria. En cambio, y en caso de que el legitimado activo por la pretensión resarcitoria no hubiera deducido la acción punitiva, la aplicación de la sanción pecuniaria podía tramitar en otro proceso conexo incoado luego por esa misma parte o por otro sujeto autorizado por la ley. Es decir, por quien estaba habilitado para reclamar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, supuesto que involucraba a los sujetos del artículo 43 de la Constitución Nacional: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones autorizadas que propendan a esos fines. En materia ambiental, específicamente, el artículo 30 de la LGA menciona al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo citado de la Constitución Nacional, el Estado nacional, provincial o municipal y la persona directamente damnificada por el hecho acaecido en su jurisdicción (art. 30 cit.). La ley otorgaba una legitimación

¹²⁵ CCiv. 1ª Nom. de Córdoba, 27-10-2011, “Navarro, Mauricio c/Gilpin Nash, David Iván”.

que podía ser idéntica o diferenciada de quien estaba habilitado para solicitar la prevención o el resarcimiento del daño.

La procedencia de la sanción disuasiva se supeditaba a que medie petición de parte, en un juicio en el que se reclamase la sanción pecuniaria a título de pretensión exclusiva o concurrente con la resarcitoria o la preventiva, las que eran acumulables, sean ellas —algunas o todas— individuales o colectivas.

III.3.E) Destino de los daños punitivos

Desde la dogmática algunos autores sostienen que toda la sanción punitiva debe destinarse a la víctima¹²⁶; otros que esa afectación exclusiva es inconstitucional¹²⁷; la postura más difundida afirma su carácter mixto, es decir su distribución entre la víctima y otros beneficiarios (fondos de garantía, entidades u organizaciones con fines comunitarios o con finalidades vinculadas con el hecho lesivo, etc.)¹²⁸. Los Fundamentos del Anteproyecto indican que el destino de la indemnización será única y exclusivamente un bien colectivo. Se lee que el particular “no tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría fundadamente dársele a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países...” Es decir que esos Fundamentos dan a entender que el destino de la sanción pecuniaria era siempre colectivo; la expresión legal “tiene el destino que le asigne el juez” parecía conferirle al juez facultades para determinar el destino que mejor se ajuste a la naturaleza del bien lesionado (fondo de garantía, recomposición del ambiente, gestión pública a cargo

¹²⁶ LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor* cit., p. 1198, y *Los daños punitivos* cit.: IRI-GOYEN TESTA, *Fórmulas para cuantificar los daños punitivos* cit.

¹²⁷ MOISÁ, *Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240* cit., p. 271.

¹²⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Función preventiva de daños* cit., p. 1, y *Relevancia cuantitativa del daño* cit., p. 95.

del defensor del pueblo), pero circunscripta a su afectación pública, sin poder otorgar parte o toda la sanción a los particulares.

La norma no fijaba ningún tope para la sanción pecuniaria disuasiva general (art. 1714), ni la especial (art. 52 bis, ley 24.240 modificada por el Anexo II del Anteproyecto de Código Civil y Comercial).

III.3.F) Pautas de ponderación

En lo relativo a la cuantificación se permitía que actúe la prudencia judicial en base a los parámetros que fijaba: "Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado" (dado el efecto disuasorio de la sanción pecuniaria en atención a la culpa agravada del dañador), "su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas". Se trataba de una norma abierta cuyo contenido completaría la jurisprudencia. También se lee en los Fundamentos que la sanción pecuniaria disuasiva no era asegurable, porque conforme lo expresa la mayoría de la doctrina, ello le quitaría su eficacia, aunque se difirió su regulación particular para la legislación especial de seguros.

No obstante, una interpretación de todo el sistema también permite considerar que hay una función punitiva, que no está sistemáticamente regulada, como lo pretendía el anteproyecto, sino dispersa en normas (derecho del consumidor) o institutos especiales (multa civil), y en la interpretación *a contrario sensu* de la facultad de morigerar la punición excesiva que contempla este texto.

IV) Significado de la reforma

El Anteproyecto incorporaba una valiosa función de la responsabilidad civil, la sancionatoria-disuasiva, que se emplazaba como regla general del Derecho Privado (art. 1714). Su supresión por la Comisión de Reformas deja subsistente el actual artículo 52 bis de la LDC y los artículos 1714 y 1715 otorgan a los jueces una facultad correctora o morigeradora de eventuales excesos en la punición, sea de obligaciones legales o convencionales o en cuestiones de la responsabilidad civil.

SECCIÓN 3ª

FUNCIÓN RESARCITORIA

Fundamentos*

"1. *Función resarcitoria. Antijuridicidad.*

"En la Sección se regulan los presupuestos de la función resarcitoria: antijuridicidad, factores de atribución y nexo causal, para luego dedicar una Sección especial al daño.

"El primer artículo regula el deber de reparar que surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación.

"El segundo establece la regla principal en materia de antijuridicidad: la acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada. En cuanto a la justificación, se admite el ejercicio regular de un derecho, supuesto sobre el cual no hay controversias. Se admite la legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena. Con esta redacción se pretende fijar una serie de criterios para poder evaluar más ajustadamente cuándo es legítima la defensa. Finalmente, la fuerza mayor también admite parámetros de valoración, ya que resulta viable cuando es para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se originó en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa.

"Se regula el supuesto de asunción de riesgos, siguiendo en ello a la doctrina mayoritaria: no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. También se prevé el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

de otro, reconociendo su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación.

”También se incorpora el consentimiento libre e informado del damnificado, que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles. Esta norma, que se aplica solamente a bienes disponibles y con todas las seguridades de la voluntad libre, resulta necesaria, porque de lo contrario muchos vínculos contractuales no serían posibles.

”2. Factores de atribución.

”El primer presupuesto de la responsabilidad definido en los artículos anteriores es la existencia de un hecho o una omisión que causa un daño a otro si no está justificado. El segundo es la existencia de un factor de atribución y se trata en los artículos siguientes.

”Se comienza señalando que pueden ser tanto objetivos como subjetivos, lo cual significa que no hay una jerarquía ordenada legalmente entre ellos. Sin embargo, no se puede ignorar la práctica jurisprudencial, que revela que la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos y, por esa razón, se los regula en primer lugar, lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica.

”Es distinto el supuesto en que no hubiera ninguna previsión legal, porque en ese caso se aplica la culpa. En relación a este tema, la mayoría de la doctrina ha mostrado su conformidad. En el sistema que presentamos, no hay riesgo alguno de desprotección de las víctimas, ni posibilidad de que no se apliquen los factores objetivos.

”Una de las discusiones en este tema giró alrededor del posible impacto que esta norma de cierre del sistema podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución. Si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, es conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual.

”Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

”En la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, en razón de las controversias que ese distingio ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática, en el plano normativo es claro que si el deudor promete un resultado determinado y éste no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa. En estos casos la imputación es objetiva porque sólo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal. Estas denominaciones son consistentes con las utilizadas en las obligaciones de hacer y con las que se expresan los distingios entre contratos de obra y servicios, a fin de dar coherencia al sistema.

”En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Se ha mantenido una definición ampliamente conocida y aplicada por la doctrina y la jurisprudencia.

”El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Comprende ‘el incumplimiento intencional’ (dolo obligacional), suprimiendo el requisito concurrente de la mala fe previsto en el Proyecto de 1998 que se refiere más bien al dolo calificado. Se reemplaza el ‘incumplimiento deliberado’, también previsto en el Proyecto de 1998, por el de ‘incumplimiento intencional’ del Proyecto de 1993 (PEN), receptando las observaciones de la doctrina y se añade la locución ‘manifiesta indiferencia’ porque de este modo se incluye al dolo eventual.

”En cuanto a la valoración de la conducta se establece que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración

de las consecuencias. De esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad.

”También se señala que cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.

”3. *Relación de causalidad.*

”En cuanto a la relación causal se ha seguido el artículo 1557 del Proyecto de 1993 (PEN), que ha mantenido la clasificación de las consecuencias que existía en el código civil según la reforma de la ley 17.711. Este distinción ha sido ampliamente aplicado por la doctrina y jurisprudencia, dando lugar a una consolidada interpretación que mantiene su utilidad, aun en un sistema unificado de responsabilidad. Tanto en el ámbito contractual como extracontractual es necesario hacer precisiones sobre la causalidad a nivel de autoría así como en la extensión del daño resarcible, para lo cual este sistema ha demostrado su eficacia en el derecho argentino. También es prudente mantener la terminología a la que están acostumbrados los operadores jurídicos, y no parece necesario cambiar las palabras, como lo hace el Proyecto de 1998 (arts. 1607 y ss.) porque ello daría lugar a nuevos problemas hermenéuticos.

”También se prevén supuestos que la doctrina argentina ha trabajado extensamente, siguiendo sus lineamientos: el hecho del damnificado, el caso fortuito, el hecho del tercero, la imposibilidad de cumplimiento.

”4. *Previsibilidad contractual.*

”En un sistema que unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, es necesario regular claramente la previsibilidad en materia contractual.

”Esta regla, con distintas variantes, es la que se admite mayoritariamente. Ha comenzado con un texto de Paulo (19.I.21,3) que limitaba el resarcimiento obligacional, siguiendo por un enorme caudal de reglas

casuísticas del Medioevo, hasta llegar a la obra de Molineo que estableció una fórmula única para decir que hay un límite en la responsabilidad obligacional derivado justamente de la obligación preexistente. El Código Civil francés (artículo 1150), dispone que ‘el deudor responde por los daños que ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato’. En el derecho anglosajón, la regla surge con el precedente ‘Hadley vs. Baxendale’ que toma en cuenta lo que ha sido previsible al momento de contratar. Una regla similar es receptada en diversos textos internacionales como la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En la doctrina internacional, puede señalarse que los Principios de Unidroit disponen: ‘Artículo 4.4.- (Previsibilidad del daño): La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento’. En la legislación argentina, la norma de resarcibilidad de las consecuencias inmediatas y necesarias está emparentada con esta antigua regla, ya que Vélez la fundaba en Pothier citado en la nota al artículo 521.

”El texto proyectado tiene las siguientes características: a) su ámbito de aplicación son los contratos, a diferencia de la redacción original del Código Civil, que la establecía ‘para los daños e intereses de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero’ (Título III, artículo 520). Ello generó litigios sobre el grado de extensión de esta limitación, que ahora es restringido sólo a los contratos. b) Esta es una regla que se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuanto mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad. c) Se hace excepción al caso en que exista dolo, como es tradición. d) No se aplica a los contratos de consumo.

”5. *Prueba de los factores de atribución y de las eximentes.*

”En el Proyecto de 1998 se incluyen normas relativas a la carga de la prueba en materia de responsabilidad, lo que ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que disminuye la litigiosidad y confiere seguridad jurídica en este tema. Ese tipo de normas no es procesal, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del

dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo.

”En tales condiciones, la prueba es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio, que en este caso significa que el hecho no está probado y el juez debe decidir en consonancia.

”En materia de factores de atribución de la responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (artículo 1619).

”Esta regla puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente.

”Uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad, es que las partes recién conocen esta decisión del juez al dictar la sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía.

”Por esta razón se señala que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio.

”De conformidad con los fundamentos expuestos anteriormente, se incluyen normas relacionadas con la prueba del nexo causal. La regla es similar a la anterior, porque cada parte debe probar los presupuestos que hacen a su pretensión, y por ello la carga de la prueba de la relación causal y de las eximentes, corresponde a quien las alega. Esta regla no se aplica cuando hay una ley que impute la causalidad o la presuma. Una solución similar es la prevista en el artículo 1620 del Proyecto de 1998”.

Art. 1716 *Deber de reparar.* La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

I) Resumen

A diferencia del régimen anterior, el Código produce una unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con algunas excepciones, la responsabilidad surgida de la violación del deber general de no dañar a otro (extracontractual) o la surgida del incumplimiento de una obligación (tradicionalmente denominada “contractual”) se rigen por idénticas reglas.

II) Concordancias

Actos involuntarios (art. 261); efectos de las obligaciones con relación al acreedor (art. 730); actuación de auxiliares (art. 732); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); reparación del daño (art. 1082); responsabilidad del transportista de personas (art. 1291); funciones de la responsabilidad (art. 1708); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad contractual objetiva (art. 1723); relación causal (art. 1726); previsibilidad contractual (art. 1728); atenuación de la responsabilidad (art. 1742); prueba del daño (art. 1744); sujetos responsables (art. 1749); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); responsabilidad de los profesionales (art. 1768); plazos de prescripción liberatoria (arts. 2561 y 2562); derecho aplicable (arts. 2651, 2652 y 2657).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Unidad o dualidad de la responsabilidad civil*

Los orígenes de la distinción entre el incumplimiento de los contratos (o de las obligaciones) y el acto ilícito como fuente de la responsabilidad pueden rastrearse hasta el Derecho Romano: la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones se estructuró en un primer momento en torno a la distinción entre *contractus*, por un lado,

y *mæficia* o *delicta*, por el otro¹²⁹. Los códigos decimonónicos, partiendo del modelo francés, consagraron distintas normas a cada uno de los dos sectores de la responsabilidad, y establecieron relevantes diferencias de regulación entre cada uno de ellos.

Hasta principios del siglo XX primaron en la doctrina las posturas denominadas “dualistas”, que sostenían que la diversa regulación de esos dos sectores respondía a diferencias esenciales entre el contrato y el hecho ilícito¹³⁰. En particular, el alcance de la responsabilidad hoy llamada “contractual” era entonces concebido de manera muy restrictiva, y limitado casi exclusivamente a procurar al acreedor la ventaja patrimonial que esperaba obtener del contrato incumplido. La reparación se confundía así con la ejecución forzada del contrato, y todo lo que estuviera por fuera de ese acotado marco –y en particular, los daños causados sobre la integridad física de uno de los contratantes– era de competencia de la responsabilidad extracontractual.

Esta situación cambió a partir de 1911, cuando la Corte de Casación francesa afirmó la existencia de lo que hoy se denominaría una “obligación de seguridad” en el contrato de transporte¹³¹. Desde ese momento, la jurisprudencia francesa –seguida luego por la argentina– comenzó a “descubrir” la existencia de obligaciones tácitas de seguridad en infinidad de contratos: los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las aerossillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termales, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, las colonias de vacaciones, los establecimientos educativos, los médicos, quienes comercializan productos elaborados, etcétera.

La creación pretoriana de la obligación de seguridad se justificaba por el ánimo de los tribunales de favorecer la situación de las víctimas de daños, en una época en la que los efectos de la Revolución Industrial

¹²⁹ BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., comentario al art. 499, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 2A, p. 16.

¹³⁰ Para un examen detallado de la evolución que se presenta en forma sintética en los párrafos siguientes, vid. PICASSO, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 35 y ss.

¹³¹ Corte de Casación, Sala Civil, 21-11-1911, “Sirey”, 1912-1-73, con nota de Charles Lyon-Caen.

se hacían sentir con toda su fuerza y provocaban perjuicios en gran escala (ferrocarriles, accidentes de trabajo, accidentes de la circulación, etc.). A principios del siglo XX no se encontraba aún suficientemente desarrollada la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas, razón por la cual la víctima de un daño extracontractual tenía –en principio– que probar la culpa del responsable. El régimen contractual era más favorable, porque en ese terreno se afirmaba que bastaba con la prueba del incumplimiento para que se presumiera la culpa del deudor. De allí que se haya echado mano a la obligación de seguridad como una forma de “contractualizar” una situación (los daños a la persona del pasajero) que, hasta ese entonces, se consideraba regida por la responsabilidad aquiliana. Con el surgimiento del distingo entre obligaciones de medios y de resultado (hacia 1925), la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a sostener que la obligación de seguridad tenía –salvo en casos excepcionales– el carácter de un deber de resultado.

Con la obligación de seguridad se incorporaron al contrato deberes de protección de la persona del contratante, y con ello se amplió el ámbito de intereses protegidos contractualmente: ya no sólo lo era el interés de prestación (patrimonial) del acreedor, sino también el que este último tiene sobre su integridad física. De ese modo, la responsabilidad extracontractual dejó de ser la sede exclusiva de tutela de los derechos absolutos (derechos reales, derechos personalísimos) y se produjo una suerte de “competencia” entre ambos tipos de responsabilidad, que ahora compartían los mismos objetivos.

Esa evolución fomentó un giro doctrinal hacia posiciones “monistas”. Actualmente se afirma que la responsabilidad civil es un fenómeno unitario, sin perjuicio de la existencia –en el código derogado– de dos subsistemas (contractual y extracontractual) y de ciertas diferencias de regulación entre ellos, que en general se calificaban de contingentes, o incluso de especiosas o falsas. En ese sentido, la doctrina señala en nuestros días que las dos órbitas de la responsabilidad comparten la misma finalidad (resarcir todo daño injustamente sufrido) y los mismos elementos (antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución), lo que justificaría su regulación unitaria¹³².

¹³² Entre muchos otros: LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. I, p. 368; BUERES, Alberto J., *El acto*

III.2) *El régimen del código derogado*

En el código derogado las disposiciones relativas a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones estaban insertas en los Títulos I y III de la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo (arts. 505 a 514, 519 a 522 y concs.), mientras que los hechos ilícitos hallaban su regulación en el Título VIII de la Sección Segunda del Libro Segundo, dedicado a los "actos ilícitos" (arts. 1066 y ss.), y además de en algunos otros artículos (arts. 901 a 909) ubicados en el Título I de la Sección Segunda del Libro Segundo, que trataba acerca de los hechos jurídicos. A su vez, el artículo 1107 establecía que las normas sobre los hechos ilícitos eran inaplicables al incumplimiento de las obligaciones, salvo que degeneraran en un delito del derecho criminal.

ilícito, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 66; ALTERINI, Atilio A., *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, en *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 360; ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 13; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, 1970, t. III, p. 3; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Unificación de la responsabilidad por daños*, en *Derecho de Daños*, obra en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 337; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1989, ps. 71 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, ps. 92 y ss.; MORELLO, Augusto M. y GALDÓS, Jorge M., *Indemnización del daño contractual*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 82; PIZARRRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 472; PICASSO, Sebastián, comentario al art. 1107, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., 1998-1999, ts. 2B y 3A. En consonancia con estos postulados, recogieron la tesis de la unidad del fenómeno resarcitorio y propugnaron la unificación de ambos regímenes de responsabilidad, entre otros, los siguientes eventos científicos: III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; I Jornadas Australes de Profesores de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1986; III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986; Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, 1986; XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche, 1989; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, 1991.

La doctrina relevaba una serie de diferencias de regulación entre los dos tipos de responsabilidad (concepto de dolo, legitimación activa para reclamar el daño moral, edad a la que se adquiere el discernimiento, reglas para el caso de pluralidad de deudores, reglas de competencia, ley aplicable en los casos con elementos internacionales, extensión del resarcimiento, plazos de prescripción, etc.), que sin embargo fueron siendo minimizadas en la práctica por una interpretación jurisprudencial en clave unificadora¹³³. Con todo, se mantenían al menos tres diferencias de importancia: el resarcimiento se extendía en la responsabilidad extracontractual a las consecuencias "inmediatas y las mediatas", y podía comprender las "casuales" si el autor del daño las había tenido en miras (arts. 903 a 905), mientras que el deudor que incumplía una obligación únicamente debía indemnizar las consecuencias "inmediatas y necesarias" (art. 520), y las mediatas sólo en caso de incumplimiento "malicioso" (art. 521). Asimismo, mientras que en los supuestos de responsabilidad aquiliana la acción para reclamar el resarcimiento prescribía a los dos años (art. 4037), en la esfera contractual se aplicaba —en principio— el término genérico de diez años (art. 4023). Finalmente, e incluso en ausencia de base legal, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias postulaban que mientras en la responsabilidad extracontractual la mora se producía de pleno derecho desde el momento en que se sufría cada daño (y a partir de allí corrían los intereses), en la contractual era preciso interpelar al deudor.

III.3) *El principio general: unificación de la responsabilidad civil*

Siguiendo el pensamiento ampliamente predominante de la doctrina argentina, el Código ha unificado la responsabilidad civil. Como lo dispone el artículo en comentario, cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño (la violación del deber general de no dañar, o el incumplimiento de una obligación), la responsabilidad se rige, en prin-

¹³³ Sobre estas diferencias, vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, comentario al artículo 1107, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1984, t. 5, ps. 334 y ss.; PICASSO, *La singularidad...* cit., ps. 84 y ss.

cipio, por las mismas reglas. Concordantemente, y a salvo las excepciones que luego se mencionarán, las normas que integran el presente capítulo (arts. 1708 a 1780) se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y la extracontractual.

En particular, la unificación comprende —con una importante excepción— a las dos diferencias de regulación más importantes entre las órbitas de responsabilidad que, según se señaló, consagraba el código derogado. Así, en materia de prescripción liberatoria el segundo párrafo del artículo 2561 establece un plazo común de tres años para la prescripción del “reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil”, y si bien se prevén términos más cortos para supuestos especiales (diez años para la acción por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces —art. 2561, primer párrafo—, dos años para la acción de derecho común derivada de accidentes o enfermedades del trabajo, o para el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte —art. 2562, incs. b, y d, respectivamente—), la *ratio legis* de estos preceptos no pasa por el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad en cuestión.

En cuanto a la extensión del resarcimiento, el artículo 1726 declara resarcibles las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, lo cual es aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como a la derivada del incumplimiento de obligaciones, con la excepción que se señala en el acápite siguiente.

Finalmente, el artículo 1748 —aplicable por igual a ambas clases de responsabilidad— establece que “El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”, con lo que da por tierra con la interpretación que sostenía que la “constitución en mora” en la obligación de reparar se producía de manera diversa en la responsabilidad contractual y en la aquiliana.

III.4) *Subsistencia de ciertas particularidades de la responsabilidad contractual*

Unificar la responsabilidad no implica diluir la distinta estructura del contrato y el hecho ilícito, sino simplemente unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolas, salvo casos de excepción, a las

mismas reglas¹³⁴. En los Fundamentos del Código se dice que la tesis que se adopta es la de la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, dado que hay diferencias que subsisten. Esas diferencias son irreductibles, y derivan de la distinta naturaleza del hecho generador de responsabilidad en cada una de esas hipótesis. En particular, la regulación de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación (tradicionalmente llamada “contractual”) requiere tener en cuenta algunas especificidades que resultan de la existencia de un vínculo previo entre acreedor y deudor que liga a este último a ejecutar una determinada prestación. En su caso, el eventual origen convencional de esa obligación puede determinar también algunas reglas especiales tendientes a preservar la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Corresponde entonces enumerar brevemente las situaciones en las que la responsabilidad contractual recibe en el Código un tratamiento diferenciado.

III.4.A) *Configuración de la antijuridicidad*

Como se explica en el comentario al artículo 1717, mientras que en la responsabilidad extracontractual la antijuridicidad es atípica —porque es ilícita la violación del deber general de no dañar a otro—, no sucede lo mismo en materia contractual. En este último caso, el daño se produce como consecuencia de la infracción de una obligación específica, que ligaba al deudor a la ejecución de determinada conducta. Esta diferencia está expresamente reflejada tanto en el artículo en comentario como en el artículo 1749, donde se mencionan la violación del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación como las dos grandes fuentes de la responsabilidad civil.

III.4.B) *Valor de la prestación y mayores daños*

A diferencia de lo que sucede en la responsabilidad extracontractual,

¹³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, t. I, p. 122; LARROUMET, Christian, *Pour la responsabilité contractuelle*, en *Le Droit Privé français à la fin du XXe siècle*, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 16.

el incumplimiento de una obligación no sólo da lugar a la reparación del daño causado, sino que también genera el derecho del acreedor a exigir la ejecución forzada de lo debido (art. 730). Es claro que se trata de remedios diferentes, cada uno de los cuales tiene sus presupuestos propios: para lograr la ejecución forzada, basta al acreedor con alegar el incumplimiento, sin necesidad de probar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, y en particular la existencia de un daño.

La cuestión es más compleja –y debatida– cuando la prestación se ha vuelto de imposible cumplimiento por una causa imputable al deudor. En ese caso –previsto por el artículo 955–, el deudor debe una suma de dinero equivalente al valor de la prestación (*æstimatio rei*) más la reparación de las restantes consecuencias dañosas –o “mayores daños”– derivadas del incumplimiento (*id quod interest*). Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida acerca de la naturaleza jurídica de esos conceptos, mientras que algunos entienden que en ese caso tanto el valor de la prestación como los mayores daños forman una única suma que tiene el carácter de indemnización (tesis de la unidad), otros entienden que el valor de la prestación no es un daño, sino un sucedáneo de la obligación original, que subsiste pero con una modificación en su objeto (que se traslada entonces a la *æstimatio rei*), con lo cual el pago del mencionado valor se regiría por las reglas del cumplimiento forzado, y no de la responsabilidad (tesis de la autonomía). En cambio –siempre de acuerdo a esta última postura–, la obligación de resarcir los mayores daños nace a partir del incumplimiento, y requiere para su configuración de la reunión de todos los elementos de la responsabilidad civil, entre los que se encuentra, naturalmente, la prueba del daño¹³⁵.

En los Fundamentos del Código se mencionan estas posturas y se señala que se ha tratado de dar una solución práctica a la cuestión, mediante la distinción de la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y los contratos,

¹³⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, pássim; PICASSO, *La singularidad...* cit., ps. 136 y ss.; MORELLO y GALDÓS, *Indemnización del daño contractual* cit., ps. 300 y ss.

y los aspectos que atañen a la responsabilidad por daños. También se lee en los Fundamentos que es preciso diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, al valor de la prestación originalmente pactada de los otros perjuicios que sufre el acreedor. Es que cualquiera sea la teoría que se adopte sobre el punto, lo cierto es que esos dos elementos deben ser cuidadosamente distinguidos en ciertas situaciones.

En consonancia con estos postulados, la distinción entre el valor de la prestación y los mayores daños sufridos por el acreedor aparece expresamente en el texto del Código. Así, el artículo 781, para el caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación alternativa regular, prevé que el deudor debe entregar el valor de la prestación; el artículo 838 establece que si el cumplimiento de la obligación solidaria se hace imposible por causas atribuibles a un codeudor, “los demás responden por el equivalente de la prestación debida y la indemnización de daños y perjuicios”; el artículo 1114, que regula la imposibilidad de restituir en los casos de resolución o rescisión del contrato, establece que si ella es imputable al deudor éste debe el valor de mercado de la prestación; el artículo 1420 regla que si la restitución de los títulos valores por el banco resulta de cumplimiento imposible, aquél “debe cancelar la obligación con el pago de una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento en que debe hacerse la devolución”; el artículo 1563 faculta al donatario a liberarse del cumplimiento de los cargos “restituyendo la cosa donada, o su valor si ello es imposible”, y, finalmente, el artículo 1747 dispone que “El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación...”, con lo que diferencia expresamente ambos conceptos.

En el Código existe, entonces, un régimen diferenciado para el reclamo del valor de la prestación, o *æstimatio rei* (que se rige por las normas del cumplimiento forzado), y el de los mayores daños sufridos al margen de aquél (*id quod interest*). Por consiguiente, la acción para reclamar el valor de la prestación prescribe –al igual que la pretensión de cumplimiento forzado específico– en el plazo genérico de cinco años del artículo 2560, mientras que la dirigida a la indemnización de los mayores daños se rige por el artículo 2561, y prescribe, por ende, a los tres años. Por otra parte, no es necesario probar haber sufrido un perjuicio para pedir el valor de la prestación, pero sí cuando

el reclamo recae sobre daños adicionales, como el lucro cesante, el daño emergente o el daño extrapatrimonial (art. 1744). Asimismo, la facultad para moderar la indemnización que el artículo 1742 otorga a los jueces únicamente puede ejercerse respecto de los mayores daños, mas no del valor de la prestación (pues ello importaría alterar la economía del contrato). Finalmente, en caso de resolución contractual por incumplimiento el deudor incumplidor debe reparar los daños sufridos por el acreedor (art. 1082), pero no debe el valor de la prestación, dado que la obligación de cumplirla se ha extinguido por efecto de la resolución (arts. 1079 y 1080).

III.4.C) *Incumplimiento y factor de atribución*

En la responsabilidad extracontractual, donde la antijuridicidad se configura por la violación del deber general de no dañar, el factor de atribución no depende de la extensión de lo debido (que es, en todos los casos, no dañar), sino de las circunstancias en las que se causó el daño (con o sin cosas riesgosas o viciosas, con culpa o dolo, etc.) o de la relación que quien dañó tenía con un tercero (dependiente, hijo menor, etc.). Es decir que, en el terreno aquiliano, para saber qué factor se aplica hay que examinar el hecho que daña. No pasa lo mismo en materia contractual, donde hay infracción de una obligación específica; allí el factor de atribución no depende, entonces, del modo en que se incumple, sino de con qué extensión se obligó el deudor. Habrá que determinar, en cada caso, si comprometió únicamente conducta diligente o se obligó a un resultado. Es lo que surge del artículo 1723.

III.4.D) *Previsibilidad del daño contractual*

En materia de relación causal el Código adopta como principio general la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726), que se funda en un parámetro objetivo de comparación: hay que establecer, en cada caso, si era previsible que cierto hecho generara determinado resultado, de acuerdo a lo que habría previsto un hombre medio en el momento del hecho. Sin embargo, para el caso de contratos celebrados de manera paritaria –lo que excluye a los contratos de consumo– el Código se

aparta de ese principio general y establece un parámetro distinto: el deudor incumplidor responde por las consecuencias que las partes (y no un hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (y no al momento del hecho), según el artículo 1728. El criterio de apreciación es, en este caso, subjetivo, y tiende a respetar el esquema de riesgos y beneficios que los contratantes diseñaron en ejercicio de su autonomía negocial. La excepción, contemplada por la misma norma, está referida a los casos en los que media dolo del deudor, supuesto en el cual se vuelve al criterio de la causalidad adecuada.

III.4.E) *Ejecución de la obligación por un tercero*

Dado que el fundamento de la responsabilidad es el incumplimiento, esa circunstancia hace responsable al deudor, cualquiera sea la persona que de hecho haya materializado la inejecución del plan prestacional. A diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual –donde el responsable indirecto responde por el hecho de otro, como sucede con el principal por el hecho de su dependiente, o con los padres por el hecho de sus hijos (arts. 1753 y 1754)–, en la responsabilidad contractual el análisis no se centra en el hecho que daña sino en el incumplimiento, que en tanto tal es siempre imputable al deudor, de manera directa (y no refleja). Por eso, el hecho de que el obligado introduzca a un tercero para ejecutar la prestación en su lugar en nada altera la naturaleza o el fundamento de dicha responsabilidad¹³⁶.

¹³⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 113, 117/118 y 426 y ss.; BENAC-SCHMIDT, Françoise y LARROUMET, Christian, *Responsabilité du fait d'autrui*, en *Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de Droit Civil*, Paris, 2002, t. IX, p. 4; DURRY, *La responsabilité du fait d'autrui. Responsabilité Civile et Assurances* cit., p. 63; STARCK, Boris; ROLAND, Henri y BOYER, Laurent, *Droit Civil. Les obligations*, Litec, Paris, 1996, t. 2, p. 709; JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994; TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S., *El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social*, en L. L. 1985-B-156; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 157; BANCHIO, Enrique C., *Responsabilidad obligacional*

En ese sentido, el artículo 732 establece que el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del hecho del propio obligado. En consecuencia, cuando el incumplimiento es materializado por el tercero ejecutor de la obligación el deudor responde en los términos del artículo 1749 (responsabilidad directa), y no se aplica el artículo 1753. Esta última norma sí rige, en cambio, los supuestos de responsabilidad extracontractual por daños causados por el ejecutor material de la obligación: daños a terceros no contratantes, o bien daños sufridos por el acreedor como consecuencia de la lesión de bienes distintos de los que conforman el objeto del contrato (v. gr., daños a la persona del acreedor).

III.4.F) *Imposibilidad de cumplimiento*

Ya se mencionó que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento; el deudor responde por los daños resultantes de aquél porque debía y no ha cumplido. Por consiguiente, en la medida en que exista una obligación incumplida –con independencia de si la configuración de ese incumplimiento requiere o no de la existencia de culpa– habrá responsabilidad del deudor (art. 1749)¹³⁷.

Sin embargo, aun cuando la obligación haya sido incumplida (esto es, si se trataba de una obligación de medios y el obligado actuó con culpa, o si, tratándose de un deber de fines, no alcanzó el resultado comprometido), el deudor podrá exonerarse si acredita que el cumplimiento había devenido imposible en los términos de los artículos 955 y 1732. De conformidad con esas normas, la imposibilidad sobreve-

indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; TOBIAS, José W., *El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas*, en L. L. 1983-B-1143; PICASSO, Sebastián, *Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada*, en R. C. y S., año VIII, N° VIII, agosto de 2006, p. 42.

¹³⁷ OSTI, Giuseppe, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1918, p. 220; BUERES, Alberto J., *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 17, *Responsabilidad contractual – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 312.

nida objetiva y absoluta de la prestación, causada por caso fortuito, tiene un doble efecto: extingue la obligación y, consiguientemente –al no subsistir una obligación incumplida–, libera al deudor de responsabilidad.

Es decir que, mientras que en la responsabilidad extracontractual el caso fortuito interrumpe el nexo causal (pero no extingue el deber genérico de no dañar), y por eso libera al responsable, en materia contractual el *casus* sólo tiene virtualidad para exonerar si se traduce en una imposibilidad de cumplimiento que reúna los caracteres ya apuntados, y que, en consecuencia, provoque la extinción del vínculo.

III.4.G) *Edad a la que se adquiere el discernimiento*

Al igual que el código derogado, el que ahora se comenta distingue la edad a la que se adquiere el discernimiento para los actos lícitos y para los ilícitos, con la única modificación de que, mientras el segundo se sigue adquiriendo a los diez años, el primero se obtiene a los trece, es decir, un año antes que en el régimen derogado (art. 261, incs. b, y c).

III.4.H) *Reglas aplicables cuando hay pluralidad de responsables*

El artículo 1751 establece el principio según el cual cuando hay varios corresponsables todos ellos responden frente a la víctima por el total de la deuda, ya sea que las obligaciones respectivas sean solidarias o concurrentes.

Sin embargo, en materia de obligaciones el artículo 828 mantiene el principio de la simple mancomunación, pues expresamente dispone que la solidaridad no se presume, y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

Asimismo, el artículo 808 establece que si la obligación simplemente mancomunada divisible tiene más de un acreedor o más de un deudor se debe fraccionar en tantos créditos o deudas iguales como acreedores o deudores haya, siempre que el título constitutivo no determine proporciones distintas, y añade que cada una de las partes equivale a una prestación diversa e independiente. Finalmente, el artículo 819 –para la obligación simplemente mancomunada divisible–

dispone que la mora de uno de los deudores, y los factores de atribución de responsabilidad de uno u otro, no perjudican a los demás.

Por consiguiente, el principio de la responsabilidad por el total de la deuda reconoce una excepción en la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (siempre suponiendo que se trate de deudas que reconocen la misma causa), donde si la solidaridad no resulta de la ley, o del título de la obligación, cada uno de los deudores responderá exclusivamente con relación a su parte, incluso si más de uno de ellos ha incumplido con la prestación que le competía¹³⁸.

III.4.I) *Ley aplicable a los casos con elementos internacionales*

De acuerdo al artículo 2651 del Código, los contratos se rigen, en principio, por el derecho elegido por los contratantes. En defecto de elección por las partes, se aplica la ley del lugar de cumplimiento o, de no poder determinarse éste, la del lugar de celebración del contrato (art. 2652).

Para los hechos ilícitos, en cambio, se aplica la ley del país donde se produce el daño, independientemente de aquel donde haya tenido lugar el hecho generador. Sin perjuicio de ello, cuando el sindicado como responsable y la víctima tienen su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de ese Estado (art. 2657).

III.5) *Obligación de seguridad en el derecho común*

Como se explicó en el acápite III.1, de este comentario, la obligación tácita de seguridad cumplió una importante función como instrumento para objetivar la responsabilidad del deudor por los daños causados al acreedor con motivo de la ejecución del contrato. Sin embargo, esa obligación, así concebida, tenía sentido en un sistema que —como el del código derogado— sentaba normas distintas para regular la respon-

¹³⁸ El autor de este comentario rectifica así una opinión en sentido contrario que vertió anteriormente (PICASSO, Sebastián. *La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado*, en *Derecho Privado*, Infojus, año 1, N° 3, p. 33).

sabilidad contractual y la extracontractual, donde —por expresa previsión del artículo 1107 de ese código— no era posible aplicar la responsabilidad por riesgo creado (art. 1113, código derogado) al ámbito del contrato.

Por añadidura, un sector doctrinal venía denunciando desde hace tiempo diversas falencias de la obligación de seguridad concebida en esos términos. En ese sentido, se ponía de resalto su carácter ficticio, y se afirmaba que su origen pretoriano llevaba a una aplicación práctica muchas veces contradictoria y contraria a la seguridad jurídica. En particular, se señalaba que no resultaba claro en qué contratos existía, si era de medios o de resultado, o qué vinculación debía existir entre el daño y el incumplimiento para poder entender que ese deber de protección del acreedor había sido incumplido. También se criticaba la existencia de obligaciones de seguridad de medios, que terminaban jugando en perjuicio de las víctimas en aquellos casos en los cuales, de no haber existido ese deber contractual, estas últimas habrían podido recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas¹³⁹.

Todas estas objeciones se vieron en buena medida superadas, en el derecho argentino, con la introducción de la obligación de seguridad en el derecho del consumo (arts. 42, Constitución Nacional y 5°, ley 24.240). En ese ámbito, por disposición de las normas citadas, aquel deber de protección existe en todas las relaciones de consumo, y no depende de la existencia o no de un contrato. Asimismo, la obligación de seguridad que surge de las mencionadas normas es expresa, y —en los términos del artículo 10 bis, primero y último párrafos, de la ley 24.240— tiene el carácter de un deber de resultado, por lo que su incumplimiento genera responsabilidad objetiva en cabeza del proveedor.

La obligación expresa de seguridad existente en el derecho del consumo abarca hoy en día la enorme mayoría de los supuestos en los cuales la doctrina y la jurisprudencia argentinas afirmaban la exis-

¹³⁹ Para un repaso de todos esos argumentos vid. PICASSO. *La singularidad...* cit., ps. 242 y ss.; PREVOT, Juan M. y CHAIA, Rubén A., *La obligación de seguridad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 62 y ss.

tencia de obligaciones tácitas de seguridad (hotelería, clínicas, juegos de feria, espectáculos deportivos, casinos, bingos, locales bailables, jardines de infantes, centros comerciales, etc.). Quedan fuera, casi exclusivamente, los contratos celebrados con profesionales liberales, en la medida en que se encuentran excluidos del régimen de la ley 24.240 (art. 2° de la ley citada).

A) Ante ese panorama, una postura¹⁴⁰ sostenía que el mantenimiento de la obligación de seguridad en el derecho común carecía de sentido. Por un lado, porque la mayoría de los supuestos en los que se justificaba echar mano de esa obligación estarían regidos por la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios, y, por el otro, porque la unificación de la responsabilidad civil tomaría aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que no sería necesario seguir recurriendo a la obligación de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor.

En el Código no hay ninguna alusión a la obligación tácita de seguridad, a diferencia del Proyecto de 1998, que expresamente la contemplaba en sus artículos 1668 y 1669. En los Fundamentos del Código se dice que se unifican los supuestos que habían generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual. En tales situaciones, la reparación del daño se regirá, según los casos, por los artículos 1749 (responsabilidad por culpa o dolo) o 1757 y 1758 (riesgo), según que se hayan empleado o no cosas viciosas o riesgosas para ejecutar la obligación, o bien que la actividad desplegada por el deudor pueda o no calificarse en sí misma como peligrosa en los términos del artículo 1757. Si los daños a la persona fueron ocasionados por un dependiente del deudor, se aplicará el artículo 1753¹⁴¹.

¹⁴⁰ PICASSO, Sebastián, en Supl. Esp. *Nuevo Código Civil y Comercial 2014*, noviembre de 2014, p. 151.

¹⁴¹ En ese sentido, las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 25, 26 y 27 de octubre de 2012) declararon: "El Proyecto de 2012 no trata la obligación de seguridad, que pasa a estar regulada específicamente en el ámbito de las relaciones de consumo" (conclusiones de la Comisión N° 3, punto 6).

Coherentemente con este sistema, y previendo los problemas que podría generar la aplicación a los profesionales liberales (particularmente, los médicos) de la responsabilidad por riesgo creado en los términos de los artículos 1757 y 1758, el artículo 1768 establece que cuando la obligación de hacer se preste con cosas la responsabilidad no se rige por aquellas normas, excepto que el daño provenga de su vicio.

Asimismo, en el ámbito del contrato de transporte, si bien aparecen referencias a la obligación de seguridad (arts. 1289, inc. c, 1291 y concs.), el artículo 1286 somete la reparación de los daños a las personas transportadas al régimen de los artículos 1757 y siguientes, es decir, a la responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas. De todos modos, en la medida en que el transporte configure un contrato de consumo —lo que ocurrirá en la gran mayoría de los supuestos— regirá la obligación de seguridad prevista por los artículos 5° y concordantes de la ley 24.240.

B) Pero, por otro lado, podría señalarse que la unificación de la mayoría de las consecuencias jurídicas del ámbito contractual y extracontractual no eliminó los "deberes de protección", es decir que se consagran en la relación jurídica diversos intereses, más allá del interés primario del acreedor a la prestación. El artículo 724 del Código que define a la *obligación* consagra el derecho del acreedor a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés. Por su parte, el artículo 729 señala que tanto el deudor como el acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de buena fe, principio este último establecido en diversas normas (arts. 9°, 144, 292, 961 —obliga con los alcances que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor—, entre otras). A ello se suman la lealtad y la confianza que las partes se deben recíprocamente (conf. art. 1067).

En esa misma línea rectora, el artículo 1710 al instaurar el "deber de prevención" confirma que toda persona —aun el contratante— tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño al cocontratante. Dicha evitación del daño al cocontratante

encuentra un ulterior fundamento en el expreso deber que el Código impone sobre ambas partes en el acuerdo, consistente en la protección de la confianza que, según las características de la relación, se supone que depositan las partes en el desarrollo del plan prestacional (conf. art. 1067 citado). Es por ello que la relación jurídica establecida entre las partes cocontratantes puede ir más allá del interés prestacional, involucrando con diversa modalidad e intensidad otros intereses del contratante (v. gr., la seguridad). La obligación puede estar enderezada a garantizar la satisfacción del interés de la prestación como en el interés a no sufrir daños, sea en las tratativas (art. 991) como en la ejecución del contrato (art. 961). El deber de seguridad como interés del acreedor podrá constituir según las circunstancias del caso una obligación de medios (arts. 1724, 1749) o una de resultado (art. 1723), el que permanecerá aun en aquellos supuestos no comprendidos o extraños a la órbita de la relación de consumo que, como se observó, éstos tienen su protección constitucional y en la ley especial.

IV) Significado de la reforma

El Código adopta una postura de avanzada al unificar —en general— la responsabilidad civil contractual y extracontractual, lo que resulta conforme a la prédica ampliamente mayoritaria de la doctrina nacional.

La unificación significa que, salvo excepciones, los daños que deriven del incumplimiento de una obligación o de un acto ilícito extracontractual están sujetos al mismo régimen. Sin embargo, subsisten varias excepciones, fundadas en la especificidad que reviste el incumplimiento obligacional y la necesidad de respetar el esquema de consecuencias previsto por las partes en los contratos negociados.

Art. 1717 Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

I) Resumen

La antijuridicidad civil es material (atípica) y objetiva, y se configura por la existencia de un hecho (positivo o de omisión) que causa

daño a otro. La excepción a esa regla está constituida por aquellos casos en los que existe un permiso legal para dañar (causas de justificación), como ocurre con los supuestos previstos en los artículos 1718 y 1720.

II) Concordancias

Abuso del derecho (art. 10); abuso de posición dominante (art. 11); deber de reparar (art. 1716); legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); asunción de riesgos (art. 1719); consentimiento del damnificado (art. 1720); responsabilidad directa (art. 1749). Constitución Nacional (art. 19).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil*

La doctrina ha discutido largamente acerca de si debe considerarse a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil.

La cuestión resultaba sencilla en los códigos decimonónicos, donde campeaba el principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa; allí la antijuridicidad se identificaba con el acto voluntario culposo o doloso (antijuridicidad subjetiva) que, además, infringía una norma expresa (antijuridicidad formal).

Sin embargo, esa concepción entró en crisis con el cambio de paradigma que se produjo en el Derecho de la responsabilidad civil a partir de las primeras décadas del siglo XX, que implicó que el eje del sistema se trasladara de la culpa al daño. La consiguiente aparición de numerosos supuestos donde se responde sin culpa, o incluso sin voluntariedad; la posibilidad de que el acto ilícito esté constituido no solamente por un hecho humano, sino también por el hecho de las cosas; el abandono —en los hechos— de la necesidad de que medie una prohibición legal expresa, y el reconocimiento de que en ciertas hipótesis puede existir responsabilidad por actos lícitos, tornaron insostenible aquella concepción subjetiva y formal de la antijuridicidad.

Dos caminos se abrieron entonces en la doctrina¹⁴². Por un lado, se encuentran los autores que pregonan el abandono de la antijuridicidad como un elemento *inexorable* de la responsabilidad civil¹⁴³. Por el otro, están quienes prefieren mantener ese requisito, pero reformulando su concepto. Se dice, así, que la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad –incluyendo los principios generales del Derecho–, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva). En especial, se enfatiza que un principio cardinal del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar a otro, de donde es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación, y sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material)¹⁴⁴.

Esta última postura es la sostenida por la gran mayoría de la doctrina argentina¹⁴⁵, y la que refleja ahora el artículo en comentario.

¹⁴² Sobre el punto, y las distintas posturas doctrinales en torno al tema, vid. BUERES, Alberto J., comentario al artículo 1066, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, ps. 1 y ss.

¹⁴³ DE LORENZO, *El daño injusto...* cit., ps. 22 y ss.

¹⁴⁴ CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 164 y ss.

¹⁴⁵ CALVO COSTA, ob. y lug. cit.; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños*, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 128 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil. La Ley*, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 331 y ss., entre muchos otros. Comp. sin embargo: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en RIVERA y MEDINA, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* cit., t. 4, p. 1012. En esta línea, no puede dejar de considerarse, a propósito de este tema, que el Código, apartándose del modelo de la antijuridicidad formal e inexorable (art. 1066, código derogado), recoge ahora expresamente la *atipicidad del ilícito* (lesión de un “interés no reprobado” por el ordenamiento –art. 1737–, o de “interés razonable” –art. 1712– frente a la amenaza de lesión). Sobre estas precisiones y el funcionamiento del ilícito atípico en el marco de las causas de justificación, véase: DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998*, en L. L. 2000-C-975; *El daño injusto en la responsabilidad civil* cit.; asimismo: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *El derecho de daños. Los valores comprendidos*, en L. L. 1996-E-1190; *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004; véase asimismo las observaciones de BUERES, ob. cit. supra en nota 142.

III.2) *El deber general de no dañar*

Ya se señaló que el fundamento actual de la antijuridicidad gira en torno de la existencia de un deber general de no dañar. En el código derogado, ese deber se infería de la existencia de diversas normas que establecían la responsabilidad de quien dañase por culpa (art. 1109), dolo (art. 1072), riesgo (art. 1113), actos involuntarios (art. 907, segundo párrafo), etcétera. Pero más allá de ese fundamento legal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en numerosos precedentes que ese principio general tiene rango constitucional, pues se encuentra implícito en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que –interpretado *a contrario sensu*– prohíbe las acciones que perjudican a terceros¹⁴⁶.

En el Código el deber general de no dañar aparece expresamente previsto en el artículo 1710, inciso a, y es mencionado, asimismo, en el artículo 1716. También el artículo 1749 establece la responsabilidad de quien causa un daño no justificado por acción u omisión. Cabe aclarar que tanto en esta última norma como en el artículo 1710 la referencia al “daño no justificado” –o “injustificado”– debe entenderse en el sentido de que el hecho que daña no debe estar expresamente permitido por la ley (es decir, no debe mediar, en el caso, una causa de justificación).

III.3) *Concepto y caracteres de la antijuridicidad*

Como se dijo, en el código derogado la antijuridicidad era formal y subjetiva, porque se requería que el hecho dañoso estuviera “expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía” (art. 1066) y que los agentes obraran con “dolo, culpa o negligencia” (art. 1067). Estos textos seguían formalmente vigentes al momento de la sanción del nuevo Código, pero habían perdido buena parte de su sentido con la reforma efectuada por la ley 17.711 en 1968 –en tanto introdujo en ese Código importantes supuestos de responsabilidad objetiva–, y no respondían a la opinión de la doctrina ni a la praxis judicial de nuestros días.

Siguiendo estas últimas tendencias –así como la interpretación cons-

¹⁴⁶ CSJN, Fallos: 308:1160, 308:1118, 308:1119; 17-3-98, “Peón, Juan D. y otra c/Centro Médico del Sud SA”, L. L. 1998-D-596; 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, E. D. del 25-10-2004, p. 5.

titucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— el Código consagra ahora una antijuridicidad objetiva y material (De Lorenzo, *El daño y las causas de justificación*, en L. L. 2000-C). El artículo en comentario dice que es antijurídica cualquier acción u omisión que causa daño, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. Es decir que, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida.

Sin embargo, cabe hacer excepción a este principio en el caso de la responsabilidad contractual, dado que allí el daño resultará necesariamente del incumplimiento de una obligación preexistente, que precisa la conducta que el deudor estaba obligado a ejecutar¹⁴⁷. Esta diferencia está expresamente reconocida en el Código, pues los artículos 1716 y 1749 distinguen la violación del deber general de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación (que causa un daño, se entiende) como las dos grandes fuentes del deber de reparar.

Va de suyo que, en esta concepción, la antijuridicidad es independiente del factor de atribución: tan ilícito es el hecho dañoso ejecutado con culpa o dolo (arts. 1724 y 1749) como el de una cosa riesgosa o viciosa, o las actividades riesgosas que causan perjuicios (art. 1757), o el incumplimiento dañoso de una obligación de resultado (arts. 774, 1723 y 1768). También es antijurídico el acto involuntario que causa daño, dado que infringe el deber general de no dañar, aunque en ese caso la indemnización se discierna por razones de equidad (art. 1750)¹⁴⁸.

Cabe aclarar, en este punto, que la referencia que se hace en la norma que se comenta a cualquier “acto” u omisión debe entenderse en sentido amplio, como comprensiva no sólo de los actos humanos, sino también del hecho de los animales y las cosas, o la actuación de los grupos en sí mismos, pues se trata de *fattispecie* que la ley también contempla como fuentes de responsabilidad (arts. 1757, 1759 y 1762).

¹⁴⁷ CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè. Milano, 1997, p. 187, nota 23; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1989, p. 95; PICASSO, *La singularidad...* cit., p. 184.

¹⁴⁸ BUERES, *El acto ilícito* cit., ps. 38 y ss.

También es preciso decir que el Código maneja, en puridad, dos conceptos de ilicitud. Hay un concepto amplio, que se contenta con la simple transgresión de la ley, y que aparece insinuado en el artículo 258 (definición del simple acto lícito), y uno más estricto, específicamente relacionado con la responsabilidad civil, que se refiere al hecho dañoso y es el que adopta el artículo 1717. Un acto que viola la ley es ilícito en sentido genérico (v. gr., quien pasa un semáforo en rojo, o conduce a excesiva velocidad, pero sin dañar a nadie en el caso concreto), pero para dar lugar a la responsabilidad civil —luego, para ser antijurídico en los términos del artículo en comentario— debe infringir el deber general de no dañar, o provocar un daño como consecuencia del incumplimiento de una obligación¹⁴⁹.

Finalmente, la norma en examen establece que el principio según el cual son antijurídicos los hechos o las omisiones que dañan sufre una excepción cuando media una causa de justificación. En tal caso, el ordenamiento jurídico autoriza la producción de un daño, y esa circunstancia quita antijuridicidad al hecho o la omisión. Las causas de justificación son tratadas por los artículos 1718 y 1720.

111.4) *La antijuridicidad en la omisión*

Como lo establece la norma en comentario, la regla a cuyo tenor es antijurídica la violación del deber general de no dañar es aplicable tanto a los hechos positivos como a las omisiones. Sin embargo, en este último caso se presenta un problema derivado de la estructura misma del ilícito omisivo. En efecto, el concepto de “omisión” se construye siempre con relación a una conducta debida que no se cumplió; es preciso que exista un previo deber de actuar. Por consiguiente, cabe preguntarse cómo se conjuga esta exigencia lógica con el deber general de no dañar.

La cuestión suscitó diversas posturas en la doctrina, desde quienes

¹⁴⁹ En ese sentido, Alterini distingue el *acto antinormativo*, que consiste en la simple transgresión objetiva del ordenamiento jurídico, con independencia de cualquier otra consideración, de la *antijuridicidad*, que requiere la presencia de un daño. Finalmente, para que haya *acto ilícito* es menester que se encuentren reunidos todos los presupuestos de la responsabilidad civil (ALTERINI, Atilio A., *El incumplimiento considerado en sí propio [enfoque objetivo del ilícito civil]*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1968, p. 19).

—apegándose a la literalidad del artículo 1074 del código derogado— sostenían que para que una omisión fuera antijurídica era preciso que la ley impusiera expresamente un deber de actuar en cada caso (con lo cual la omisión únicamente podía ser “típica”)¹⁵⁰ hasta quienes, contrariamente, entendían que aquel previo deber de actuar podía estar constituido por el deber genérico de no dañar a otro¹⁵¹. No obstante, aun desde esta última postura, se admitía que era necesario sentar ciertas pautas razonables que impidieran una generalización desmedida de ese deber de actuar que podría terminar restringiendo la libertad individual (no es posible sostener que todos estamos, en todo momento, obligados a evitar cualquier tipo de daños a los demás)¹⁵². Se decía, así, que para que existiera ese deber de actuar era preciso que, en virtud de cierta relación particular entre los sujetos, pudiera deducirse la existencia de un “deber de seguridad” que imponga a uno de ellos el sacrificio de su libertad de abstención¹⁵³, o que ello viniera impuesto en el caso concreto por el sentimiento de solidaridad humana y amor al prójimo¹⁵⁴, o bien se afirmaba que cada uno es libre de no actuar, y que únicamente cuando se configurara un abuso de ese derecho podía haber responsabilidad¹⁵⁵.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el Código estructura la cuestión del ilícito omisivo sobre la base de dos directivas. En primer lugar, el artículo que se comenta deja en claro que también en materia de omisiones la antijuridicidad es material o atípica, porque basta con la violación del deber general de no dañar. Sin embargo, la existencia de un previo deber de actuar debe ser evaluada en cada caso sobre la base de las pautas que proporciona el artículo 1710. Esta norma señala expresamente que ese deber incumbe a toda persona “en tanto dependa de ella”, y hace referencia a la adopción de “medidas razonables” para

¹⁵⁰ ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Córdoba, 1981, ps. 101 y ss.

¹⁵¹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª ed. act. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 241.

¹⁵² PREVOT, Juan M., *¿Hay causalidad en la omisión?*, en R. C. y S., junio de 2006, p. 3.

¹⁵³ DE LORENZO, *El daño injusto...* cit., p. 92.

¹⁵⁴ BUERES, comentario al art. 1066, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, p. 62.

¹⁵⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 345.

evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, todo ello en función del principio de buena fe (inc. b). En particular, la mención de este último estándar conecta la cuestión con la teoría del abuso del derecho, pues este último se configura —entre otras cosas— cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe (art. 10).

Conjugando todas esas pautas, puede decirse que habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su acción evitar un daño a un tercero¹⁵⁶. En tal sentido, en los Fundamentos del Código se expresa que este deber de prevención pesa sobre toda persona en tanto dependa de ella, es decir que la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control, porque de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad.

Es menester precisar que las consideraciones que anteceden se aplican a las denominadas “omisiones puras”, que implican una total ausencia de acción. Por el contrario, los casos de “comisión por omisión”, donde hay una omisión que se inserta en el marco de un curso general de acción positivo (caso del médico que en medio de una operación omite suturar una vena, o del guía de turismo que durante un paseo por la montaña omite señalar la existencia de un precipicio en el que caen los viajeros) pueden directamente ser descriptos como acciones, y escapan a las reglas especiales que se acaban de mencionar¹⁵⁷. Estas reglas tampoco se aplican al incumplimiento de las obligaciones, donde existe, por definición, un deber de actuar —o de abstenerse— claramente definido de antemano.

III.5) Responsabilidad por actos lícitos

El hecho de que el Código contemple a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil no implica excluir la posibilidad de que en ciertas circunstancias excepcionales pueda existir responsa-

¹⁵⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 345; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 95.

¹⁵⁷ BUERES, comentario al art. 1066, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., p. 60; PREVOT, *¿Hay causalidad en la omisión?* cit., p. 2.

bilidad por actos lícitos. Más allá de las hipótesis de responsabilidad del Estado por su accionar lícito, el propio Código prevé algunas otras propias del derecho privado, como ocurre con los daños causados en estado de necesidad, que – pese a mediar una causa de justificación que quita antijuridicidad al hecho dañoso– generan la obligación de reparar en la medida en que el juez lo considere equitativo (art. 1718, inc. c).

IV) Significado de la reforma

El Código recoge una concepción de la antijuridicidad material y objetiva (es ilícito cualquier hecho u omisión que daña, sin necesidad de prohibición expresa, e independientemente de que pueda o no efectuarse un reproche subjetivo al agente), en consonancia con la doctrina actual y la interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto constituye un giro copernicano con respecto a la redacción del código derogado –posición superada hace tiempo en la práctica–, que exigía expresa prohibición legal (u obligación de actuar, para la omisión) y que el agente obrara con culpa o dolo.

Art. 1718 *Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho.* Está justificado el hecho que causa un daño:

- a) en ejercicio regular de un derecho;
- b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;
- c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

I) Resumen

El artículo regula algunas de las causas de justificación, es decir,

las circunstancias en las cuales, pese a haber un hecho o una omisión dañosa, ellos no son antijurídicos, porque el ordenamiento jurídico permite dañar en el caso concreto. Tal cosa puede suceder –en los términos de la norma en comentario– porque el agente ha actuado en ejercicio regular de un derecho, en legítima defensa, o en estado de necesidad. En algunos casos –como en el estado de necesidad– la ley establece de todos modos la obligación de responder en cierta medida, con lo que se estaría ante supuestos de responsabilidad por actos lícitos.

II) Concordancias

Abuso del derecho (art. 10); abuso de posición dominante (art. 11); antijuridicidad (art. 1717); asunción de riesgos (art. 1719); consentimiento del damnificado (art. 1720); instalaciones provisionales y paso de personas que trabajan en una obra (art. 1977); árboles, arbustos y otras plantas (art. 1982); defensa extrajudicial de la posesión (art. 2240). Código Penal (art. 34).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Las causas de justificación*

De conformidad con el artículo 1717, todo hecho u omisión que cause un daño es antijurídico. La excepción a este principio está constituida –como el mismo artículo lo señala– por las causas de justificación, que son circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico otorga un permiso para dañar¹⁵⁸. En tales casos, el hecho u omisión dañosa son lícitos, y no antijurídicos, sin perjuicio de que en algún caso –como sucede en el estado de necesidad– pueda de todos modos ser procedente el pago de una indemnización (responsabilidad por acto lícito).

Con excepción de algunas situaciones particulares –como la denominada “autoayuda” del artículo 2470 del código de Vélez¹⁵⁹–, el código derogado no regulaba las causas de justificación, razón por la cual la doctrina aplicaba por analogía las mencionadas en el artículo 34 del Código Penal. El Código ha incorporado ahora el tratamiento de

¹⁵⁸ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. II, p. 872.

¹⁵⁹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 139.

varias de esas circunstancias: el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa, el estado de necesidad (art. 1718) y el consentimiento del damnificado (art. 1720). El artículo 1719 se refiere, a su turno, a la denominada "asunción de riesgos", pero para clarificar una vieja polémica doctrinal y dejar en claro que en ningún caso puede operar como causa de justificación, aunque sea como hecho total o parcial del damnificado (art. 1729).

Se ha señalado que las causas de justificación no son un *numerus clausus*¹⁶⁰; el Código se ha limitado a regular las más importantes, pero ello no obsta a que en un caso concreto los jueces puedan valorar la existencia de alguna otra no mencionada en los artículos citados. De hecho, en otras partes del Código se encuentran previstas situaciones en las que se autoriza causar un daño, como sucede con los artículos 1977 (facultad de instalar andamios o hacer pasar personas por un terreno vecino, indemnizando los perjuicios), 1982 (facultad de cortar las raíces que penetran en el terreno vecino) y 2240 (defensa extrajudicial de la posesión).

III.2) Examen de las causas de justificación en particular

III.2.A) Ejercicio regular de un derecho

De acuerdo a lo dispuesto por el inciso a, del artículo en comentario, el ejercicio regular de un derecho funciona como una causa de justificación de los daños que puedan resultar de él (v. gr., los sufridos por un deudor a raíz de que su acreedor embarga y remata sus bienes, o por un comerciante como consecuencia de que otro instala un negocio del mismo ramo cerca del suyo y compite con él, etc.).

Sin embargo, esa justificación tiene como límite el ejercicio abusivo del derecho. De acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del Código, el derecho debe ser ejercido de conformidad con los fines del ordenamiento jurídico y los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Cuando esos límites se transgreden se configura el abuso, que funciona así como "la excepción de la excepción": al

¹⁶⁰ MAYO, Jorge A., *Las causas de justificación*, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, ps. 72/73; DE LORENZO, *El daño injusto...* cit., ps. 81 y ss.

no jugar la causa de justificación, el hecho dañoso se torna antijurídico (v. gr., si el comerciante del ejemplo incurre en competencia desleal).

III.2.B) Legítima defensa

El inciso b, del artículo 1718 se refiere a los daños causados en legítima defensa, ya sea propia o de terceros. La aplicación de esta causa de justificación requiere de la configuración de ciertos requisitos enumerados por la norma, a saber:

- a) Existencia de una agresión ilícita, actual o inminente. Dado que es ilícito dañar (art. 1716), la agresión tendiente a causar daño a quien se defiende o a un tercero será ilícita en los términos de la norma, salvo que quien agrede actúe a su vez en ejercicio de una causa de justificación¹⁶¹. La doctrina debatió en su momento si la agresión de una persona sin discernimiento, de animales, o de cosas, podía ser considerada ilícita a efectos de habilitar la legítima defensa¹⁶²; no cabe duda de que así es, en atención a que, en el sistema del Código, la antijuridicidad es objetiva y no requiere de la existencia de un acto humano, y mucho menos de un acto voluntario o culposo.
- b) Ausencia de provocación de parte de quien se defiende, o del tercero contra quien se dirige la agresión.
- c) Empleo de un medio racionalmente proporcionado para defenderse, en relación con el usado por el atacante (v. gr., no actúa en legítima defensa quien responde con disparos de arma de fuego a un simple empujón propinado por el agresor). El empleo de medios excesivos impide prevalerse de la causa de justificación, y convierte en antijurídico al acto dañoso.

El Código no se refiere a la denominada "legítima defensa putativa", constituida por aquellos casos en los cuales se actúa erróneamente en la convicción de estarse defendiendo, pero no se dan objetivamente las circunstancias antes mencionadas (v. gr., quien cree que está siendo

¹⁶¹ ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud*, Lerner, Córdoba, 1974, ps. 116/117.

¹⁶² Sobre el punto, vid. MAYO, *Las causas de justificación* cit., ps. 74/75; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. II, ps. 915 y ss.; ORGAZ, *La ilicitud* cit., p. 116.

atacado en la vía pública por alguien que en realidad se acercó a hacerle una pregunta). En la medida en que tales requisitos no se encuentren reunidos, la legítima defensa putativa no borra la antijuridicidad civil, aunque pueda eventualmente excluir la culpabilidad¹⁶³.

La última parte del inciso que se está analizando se refiere a los daños causados a terceros por quien actúa en legítima defensa (v. gr., un agente de la policía que al repeler a balazos la agresión de un delincuente hiere a un tercero que pasaba por el lugar). Esa situación había dado lugar a distintas posturas, dado que un sector de la doctrina –reflejado en una línea jurisprudencial– entendía que en tal caso el tercero únicamente podía reclamar una indemnización de equidad, es decir, no plena¹⁶⁴. El Código ha adoptado un criterio distinto, pues se considera que la legítima defensa justifica los daños que se causan a quien es agresor, mas no los sufridos por terceros ajenos a ese ataque. Por eso dice el mencionado inciso c, *in fine*, que el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena.

El artículo 2240, que regula la defensa extrajudicial de la posesión, constituye una aplicación puntual del instituto de la legítima defensa.

III.2.C) Estado de necesidad

El estado de necesidad –que se distingue de la legítima defensa por cuanto en este caso el perjudicado es una persona ajena al hecho¹⁶⁵– se configura cuando una persona causa un daño para evitar otro mayor, actual o inminente, al que ha sido extraña, y que amenaza al agente o a un tercero. De acuerdo a lo prescripto por el inciso c, del artículo en comentario, el agente debe encontrarse frente a una situación de peligro que él no ha contribuido a causar, y que genera la amenaza, para él o para un tercero, de sufrir un mal (un daño) actual o inminente. La única posibilidad de evitar ese daño debe ser la producción de otro de menor entidad; en tal caso, si el agente opta por causar este último

perjuicio habrá obrado en legítima defensa, y su acción no será anti-jurídica (v. gr., quien para salvar la vida de otra persona que está en un edificio incendiado destroza la puerta y una ventana del inmueble lindero, único modo seguro de ingresar a aquel lugar).

Cabe resaltar que la ley dispone que el hecho se halla justificado únicamente si el mal (el daño) que se evita es mayor que el que se causa, razón por la cual no rige la justificación si ambos daños son de igual entidad (el llamado “estado de necesidad inculpante” en el Derecho Penal)¹⁶⁶.

Finalmente, y siguiendo la opinión de la doctrina ampliamente mayoritaria¹⁶⁷, el Código establece expresamente que pese a configurarse los presupuestos del estado de necesidad el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo. Se trata de un caso de responsabilidad por acto lícito, pues aunque el hecho dañoso está autorizado por la ley se debe una indemnización, que puede no ser plena en función de las circunstancias. Cuando el beneficiado por el daño causado en estado de necesidad es un tercero, éste deberá la indemnización, al menos en la medida de su enriquecimiento (art. 1719, segundo párrafo *in fine*, aplicado analógicamente).

IV) Significado de la reforma

A diferencia del derogado, el nuevo Código enumera las causas de justificación más importantes, con lo que suprime la necesidad de acudir por analogía al artículo 34 del Código Penal.

Asimismo, queda claro que las causas de justificación suprimen la antijuridicidad, no obstante lo cual, excepcionalmente, el acto justificado puede dar lugar a una indemnización de equidad (responsabilidad por acto lícito).

¹⁶⁶ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. Astrea. Buenos Aires. 1990. p. 323.

¹⁶⁷ MAYO, *Las causas de justificación* cit., p. 81; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., p. 81; AGUIAR, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*. Tea. Buenos Aires. 1950. t. I. ps. 298 y ss., entre muchos otros.

¹⁶³ MAYO, *Las causas de justificación* cit., p. 76.

¹⁶⁴ MAYO, *Las causas de justificación* cit., p. 78; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1980, t. III, p. 43, nota 66; SCJBA, 22-6-2001, “Castillo, Julio David c/Estado de la Provincia de Buenos Aires y otro”.

¹⁶⁵ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 138.

Art. 1719 *Asunción de riesgos.* La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

I) Resumen

Zanjando una polémica de larga data, el Código establece que la mera circunstancia de que una persona se exponga voluntariamente a una situación de peligro no constituye una causa de justificación. La única excepción se da cuando esa exposición pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal, pero en este último caso no estamos ya ante una causa de justificación, sino frente a la falta de otro elemento (la causalidad), y se aplica el artículo 1729.

Como una aplicación puntual de ese principio, se contempla también el caso de los *actos de abnegación o altruismo*, y se dispone el derecho a ser indemnizado de quien resultó dañado en esa situación.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); consentimiento del damnificado (art. 1720).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La denominada "asunción o aceptación de riesgos"*

La doctrina ha debatido largamente acerca de si el hecho de que una persona se exponga voluntariamente a una situación de peligro

—hipótesis más que frecuente en la denominada “era tecnológica”— constituye una causa de justificación de los daños que resulten de ella¹⁶⁸. Quienes se manifiestan a favor de esta posibilidad consideran, en general, que existiría en esos casos una suerte de cláusula tácita de irresponsabilidad por la cual el damnificado renunciaría anticipadamente a reclamar una reparación¹⁶⁹.

Muchas veces, la idea de la aceptación de riesgos es empleada no para excluir totalmente la responsabilidad, sino para impedir la aplicación de un factor objetivo de atribución¹⁷⁰. Así ocurre, en particular, en el caso del transporte benévolo o de cortesía, donde parte de la doctrina y la jurisprudencia interpretaron tradicionalmente que el pasajero que acepta ser transportado en esas condiciones asume el riesgo propio del vehículo en el que viaja, lo que excluiría la posibilidad de hacer valer la responsabilidad por riesgo frente al dueño o guardián del automotor en caso de un accidente¹⁷¹. También se ha echado mano a estas ideas para sostener que el organizador de ciertos deportes que implican riesgos (autos chocadores, alquiler de motos o kartings, explotador de pistas de esquí, etc.) estaría sujeto únicamente a una obligación de seguridad de medios, pues quienes practican tales deportes aceptarían los riesgos propios de esas actividades¹⁷².

Sin embargo, la doctrina argentina mayoritaria se ha manifestado en contra de conferir a la aceptación de riesgos el carácter de una

¹⁶⁸ Para una revisión de las diversas posturas, vid. MAYO, Jorge A. y PREVOT, Juan M., *La idea de aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, en L. L. del 31-8-2009, p. 1; DILLON, Tomás, *La aceptación del riesgo: ¿una eximente de responsabilidad?*, en J. A. del 19-1-2005, p. 3.

¹⁶⁹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 141.

¹⁷⁰ En esa postura: MAZZINGHI, Jorge A., *La víctima del daño y la aceptación de los riesgos*, en E. D. 76-875.

¹⁷¹ LALOU, Henri, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1949, ps. 337 y 771; SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1939, t. I, ps. 164 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge J., *Responsabilidad civil originada en el transporte benévolo*, en L. L. 150-941; MAZZINGHI, *La víctima del daño...* cit.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 143.

¹⁷² TERRÉ, François; SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 2002, p. 760; MALAURIE, AYNES y STÖFFEL-MUNCK, *Les obligations* cit., ps. 61/62.

causa de justificación, o de fundar en ella la exclusión del factor de atribución objetivo que resulte aplicable en el caso. Se dice, en ese sentido, que no es lo mismo exponerse a un riesgo que aceptarlo; que la naturaleza humana es reacia a los sufrimientos, razón por la cual mal podría presumirse que se ha aceptado tácitamente sufrir un daño (la presunción, fundada en *quod plerumque accidit*, debería en realidad apuntar en sentido contrario)¹⁷³; que la aceptación de riesgos implicaría una cláusula de irresponsabilidad prohibida en la esfera extracontractual, y que, además, importaría un pacto sobre bienes indisponibles, como la vida o la integridad física, con lo que no tendría valor alguno¹⁷⁴. Finalmente, y en particular en materia de transporte benévolo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró reiteradamente que conferir a la aceptación de riesgos eficacia exoneratoria implica añadir pretorianamente a la ley una eximente que ella no contempla, lo que tornaría arbitrarias las decisiones fundadas en tales argumentos¹⁷⁵.

En esa línea, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon: “La asunción de riesgos genéricos de la vida moderna no implica relevar de responsabilidad al eventual dañador. La ‘sociedad de riesgos’ no autoriza su invocación como eximente frente al daño producido. En materia de riesgos, como principio general, asumir el riesgo no significa asumir el daño [...] La asunción de riesgos no se erige en una causal autónoma de eximición de responsabilidad. La sola asunción del riesgo no permite la liberación del responsable. Debe analizarse si la conducta de la víctima configura desde el punto de vista causal el hecho de la víctima. La sola circunstancia de compartir el beneficio de la utilización de una cosa o participación en una actividad riesgosa no importa la asunción de los daños que de ella se deriven ni convierten en guardián de ellas al participante si no comparte el control, dirección o gobierno de la actividad o cosa riesgosa”¹⁷⁶.

¹⁷³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La aceptación de los riesgos. Retroceso en la responsabilidad civil por actos ilícitos*, en L. L. 1978-D-1076.

¹⁷⁴ ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Transporte gratuito y responsabilidad en caso de accidente*, en L. L. 15-209.

¹⁷⁵ CSJN. Fallos: 315:1570; 319:736; 322:3062.

¹⁷⁶ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Córdoba, 23 al 25 de septiembre de 2009. despacho unánime de la Comisión N° 3.

Como se advierte, el Código ha seguido estas ideas, y establece con toda claridad que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad. Esta norma impide, entonces, que la supuesta asunción o aceptación de riesgos por la víctima sea aducida para excusar la responsabilidad del dañador —o de los responsables indirectos—, o bien para excluir la aplicación de un factor de atribución objetivo expresamente establecido por la ley (casos ya señalados del transporte benévolo, la responsabilidad del explotador de ciertos deportes que implican peligros, etc.).

La única excepción que contempla el artículo en comentario —siguiendo también las conclusiones de las ya mencionadas Jornadas Nacionales— se refiere a aquellos supuestos en los cuales la supuesta “aceptación de riesgos” pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal¹⁷⁷. En este caso, la exoneración no se producirá a nivel de la antijuridicidad (porque la aceptación de riesgos no es una causa de justificación), sino de la relación causal, y resultará aplicable el artículo 1729. Aquí no se trata ya de la mera exposición voluntaria a una situación de peligro, de lo que se ha denominado un riesgo “genérico y abstracto” (como aceptar ser transportado en un automóvil, o incluso en una motocicleta), sino de la exposición imprudente a un peligro concreto, que tiene aptitud para erigirse en causa o concausa adecuada del perjuicio (v. gr., aceptar ser transportado por quien conduce manifiestamente en estado de ebriedad, o en la caja descubierta de una camioneta)¹⁷⁸.

Finalmente, cabe señalar que la norma no tendrá incidencia sobre un caso particular que frecuentemente se relaciona con la teoría de la aceptación de riesgos: el de los daños causados entre jugadores que practican determinados deportes (fútbol, rugby, etc.). En esos supues-

¹⁷⁷ Postura seguida por la gran mayoría de la doctrina nacional. Vid., entre otros, MAYO y PREVOT, *La idea de aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil* cit., p. 4; BURGOS, Débora; MARCHAND, Silvina y PARELLADA, Carlos A., *La asunción del riesgo ¿causa eximente o de justificación?*, en L. L. del 8-9-2009, p. 2.

¹⁷⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 288.

tos, hay acuerdo en que los participantes asumen la posibilidad de sufrir ciertos daños derivados de los riesgos propios del deporte en cuestión (esto es, los derivados del desarrollo normal del deporte de que se trate), mas no los excesivos o extraordinarios¹⁷⁹. Si bien, a primera vista, la aplicación del artículo en comentario parecería dar por tierra esa interpretación, ella puede perfectamente seguir vigente, aunque fundada no en el instituto de la asunción de riesgos, sino en la licitud derivada de la autorización estatal de tales deportes y de las reglas que los rigen¹⁸⁰. Por otra parte, en el caso mencionado no existe en realidad una aceptación “tácita” de ciertos riesgos, sino directamente un consentimiento por parte de los participantes de las reglas del juego al que se someten, lo que encuadra la cuestión, directamente, en la causa de justificación establecida en el artículo siguiente 1720 (consentimiento del damnificado)¹⁸¹.

III.2) *Actos de abnegación o altruismo*

El segundo párrafo de la norma que se comenta se refiere a los denominados “actos de abnegación o altruismo”, constituidos por aquellos casos en los cuales alguien se expone voluntariamente a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro (v. gr., quien ingresa en un inmueble incendiado para rescatar a sus ocupantes, y sufre quemaduras). En este caso puntual, hay acuerdo en la doctrina—incluso entre los partidarios de conferir cierta eficacia exoneratoria a la “asunción de riesgos”— en el sentido de que el agente tiene derecho a ser indemnizado¹⁸², y así lo establece expresamente el Código. Se precisa que el responsable es quien creó la situación de peligro, o el beneficiado por

¹⁷⁹ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, despacho de la Comisión N° 3, ya citado.

¹⁸⁰ MAYO y PREVOT, *La idea de aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil* cit., p. 4; COSSARI, Maximiliano N. G., *Algunas precisiones necesarias acerca de la llamada asunción de riesgos*, en D. J. del 25-11-2009, p. 3317.

¹⁸¹ BURGOS, MARCHAND y PARELLADA, *La asunción del riesgo...* cit., ps. 5/6.

¹⁸² BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 142; BORDA, *Obligaciones* cit., t. II, p. 282; BURGOS, MARCHAND y PARELLADA, *La asunción del riesgo...* cit., p. 8; XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, despacho citado.

el acto de abnegación, pero en este último caso la acción prosperará únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

IV) Significado de la reforma

El Código toma partido en un tema muy polémico, y lo hace en el sentido indicado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Queda claro, a partir del artículo 1719 —que no tenía ningún equivalente en el código derogado— que la “aceptación de riesgos” no exonera al responsable, ni permite atenuar o disminuir su responsabilidad, a menos que medie una ruptura del nexo causal por hecho del damnificado (art. 1719).

Art. 1720 *Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.*

I) Resumen

Se establece un principio general —que recibe múltiples aplicaciones particulares en diversos artículos del Código y en otras leyes especiales— según el cual, bajo ciertas condiciones, el consentimiento de la víctima opera como una causa de justificación del daño.

II) Concordancias

Derechos sobre el cuerpo humano (art. 17); actos peligrosos (art. 54); disposición de derechos personalísimos (art. 55); actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56); investigación médica con personas humanas (art. 58); consentimiento informado para actos médicos (art. 59); libertad de contratación (art. 958); cláusulas abusivas (arts. 988 y 989); objetos prohibidos (art. 1004); cláusulas abusivas en los contratos de consumo (arts. 1119 a 1122). Ley 17.132 (art. 19). Ley 24.193 (arts. 13 y 19). Ley 24.240 (art. 37). Ley 26.529 (arts. 2°, inc. e, 5°, 6° y 10). Ley 26.657 (arts. 7°, incs. j, y k, 10 y 16, inc. c). Ley 26.743 (art. 11).

III) Interpretación de la norma

De acuerdo a la inveterada doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado en torno al artículo 19 de la Constitución Nacional, las personas físicas tienen garantizado por la ley un ámbito de libertad donde pueden adoptar en soledad las decisiones que hacen a su plan vital¹⁸³. Este denominado “principio de autodeterminación” –o “de autonomía personal”¹⁸⁴– pone en un primer plano a la voluntad de cada individuo, y válida –en principio– las decisiones que adopte conscientemente en lo referente a la disposición de sus propios derechos. En materia patrimonial esa consecuencia resulta asimismo del artículo 18 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho de “usar y disponer de su propiedad”.

En el Derecho Civil esos postulados se traducen, entre otras cosas, en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 985 del Código) y en la facultad de cada sujeto de disponer –con ciertos límites– de sus derechos personalísimos (arts. 55, 56, 58 y 59). Por eso es lógico que la voluntad libre de la víctima constituya –en principio– una causa de justificación del daño que ella pueda experimentar, tal como lo establece la norma en comentario.

De todos modos, el artículo que se está considerando exige ciertos requisitos para que la voluntad de la víctima quite antijuridicidad al daño por ella sufrido, lo que es coherente con el principio constitucional según el cual la autodeterminación encuentra su límite en los derechos de terceros y el orden público (art. 19, Constitución Nacional). Ellos son:

- a) Que el consentimiento del damnificado sea libre e informado. Que sea “libre” significa aquí que debe tratarse de un acto voluntario en los términos del artículo 260, mientras que el carácter de “informado” hace referencia a aquellas situacio-

¹⁸³ CSJN, *Fallos*: 315:1492; 332:1963; 1-6-2012. “Albarracini Nieves. Jorge Washington s/Medidas precautorias”. L. L. 2012-C-483. con nota de Andrés Gil Domínguez y Marcela I. Basterra.

¹⁸⁴ GELLI, María A., *La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad*, en L. L. 2012-C-1087; BASTERRA, Marcela I., *Principio de autonomía personal y muerte digna*, en L. L. 2012-C-488.

nes en las cuales, por existir una desigualdad real entre las partes (de conocimientos, poder económico, etc.), la ley pone a cargo de una de ellas (la parte “fuerte”) el deber de suministrar información a la otra (arts. 42, Constitución Nacional; 4º, ley 24.240; 2º, inc. f, y concs., ley 26.529, y 59 y concs. del Código, entre otros casos). En estos supuestos, el consentimiento únicamente operará como causa de justificación si previamente se hubiera cumplido debidamente con aquel deber de información, con las características y en la extensión fijadas por la ley en cada caso.

- b) Que la cláusula que instrumenta ese consentimiento no sea abusiva, en los términos de los artículos 988, 989 y –en su caso– 1119 a 1122 del Código, o 37 de la ley 24.240.
- c) Que el consentimiento recaiga sobre bienes disponibles. En ese sentido, cabe señalar que mientras que en materia patrimonial las personas gozan de facultades de disposición muy amplias (v. gr., quien consiente la destrucción de todo o parte de un inmueble de su propiedad), no ocurre lo mismo con los derechos personalísimos, que son relativamente indisponibles (arts. 55, 56, 58 y concs.)¹⁸⁵.

Finalmente, cabe señalar que en numerosos casos existen disposiciones específicas que regulan bajo qué condiciones puede el consentimiento constituir una causa de justificación (particularmente en materia médica, arts. 58 y 59 del Código; 19 de la ley 17.132; 13 y 19 de la ley 24.193; 2º, inc. e, 5º, 6º y 10 de la ley 26.529; 7º, incs. j, y k, 10 y 16, inc. c, de la ley 26.657; 11 de la ley 26.743, y normas concordantes). Por tal motivo, el artículo 1720 tendrá carácter subsidiario de la legislación especial que pueda resultar aplicable, como lo indica expresamente en su primera oración.

IV) Significado de la reforma

Mediante un artículo que no encuentra un equivalente expreso en el código derogado (aunque la solución que sienta pudiera considerarse,

¹⁸⁵ CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos. Teoría general*, en *Revista del Notariado* 730-1299.

en general, admisible también en el marco de aquél), el nuevo Código eleva al rango de causa de justificación al consentimiento libre e informado del damnificado, siempre que se trate de la lesión de bienes disponibles. De ese modo se respeta el principio constitucional de autodeterminación de la persona, que constituye uno de los ejes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Art. 1721 Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

I) Resumen

La atribución de responsabilidad se sustenta en factores de atribución, imputación o adjudicación que son subjetivos u objetivos. Los subjetivos son la culpa, el dolo, y el nuevo Código prevé supuestos de culpa agravada. Los objetivos, siguiendo una postura prevaleciente, son el riesgo, la garantía, la equidad, el abuso del derecho y las relaciones de vecindad¹⁸⁶. Otra posición añade algunos más, como la solidaridad, la igualdad ante las cargas públicas, la seguridad social, el seguro e incluso el riesgo de empresa o de actividad¹⁸⁷. Una postura minoritaria reconoce como único factor al riesgo creado.

II) Concordancias

Responsabilidad por defectos en el sistema (art. 1521); vicios ocultos (art. 1558); dispensas prohibidas (art. 1676); prelación normativa (art. 1709); punición excesiva (art. 1714); facultades del juez (art. 1715); factor objetivo (art. 1722); sujetos responsables (art. 1749); acusación calumniosa (art. 1771); responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe (art. 1936); indemnización y pago de mejoras (art. 1938). Ley General del Ambiente 25.675 (art. 29). Ley de Residuos Peligrosos 24.051 (art. 45). Ley de Residuos Industriales 25.612 (art. 40).

¹⁸⁶ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 274.

¹⁸⁷ Ver LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 309; BUERES, Alberto J., *Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 319.

Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (arts. 5°, 6°, 40 -t. o. ley 26.361-). Código Aeronáutico, ley 17.285 (art. 155). Ley de Navegación 20.094 (art. 336). Ley de Riegos del Trabajo 24.557 (arts. 4° y 31).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La culpa como norma de cierre*

En el código anterior el fundamento de la responsabilidad civil era subjetivo, fundado en la culpa (sin culpa no hay responsabilidad) aunque contenía algunas presunciones de culpa; verbigracia, responsabilidad de los padres, tutores y curadores, maestros (arts. 1114, 1115, 1116, 1117), por el hecho de las cosas (art. 1133, código derogado) y otros supuestos de responsabilidad objetiva (v. gr., daños causados por los animales, arts. 1124 y ss.). La reforma de la ley 17.711 introdujo definitivamente la responsabilidad por riesgo creado en la concepción admitida actualmente.

El nuevo Código no establece gradaciones o jerarquías de los factores de atribución, los que tienen la misma importancia cualitativa. La diferencia es cuantitativa ya que, en la práctica, se presentarán mayor cantidad de casos de responsabilidad objetiva en razón de que comprende un número superior de supuestos fácticos. El Código prevé entre los factores subjetivos el dolo y la culpa (art. 1721).

La culpa reviste el carácter de norma de clausura o factor residual de atribución únicamente en caso de silencio y de laguna normativa sobre el factor de atribución aplicable al caso (art. 1721). En los Fundamentos del Código se destaca que esta previsión legal no desprotege a la víctima ni presenta riesgos de que no se apliquen los factores objetivos. Se añade que la responsabilidad subjetiva por culpa recién operará cuando no haya ninguna norma ni sea posible acudir a la analogía para suplir el vacío legal; "si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide su aplicación analógica, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma". Es importante poner de relieve que la amplitud de la concepción de la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1723, más la fuerza expansiva del riesgo creado, generará un rico

casuismo que conducirá a que la culpa actúe como válvula de cierre del sistema en casos más bien limitados. Se desprende de la interpretación del texto del artículo 1721, correlacionado con lo expresado en los Fundamentos, que para tipificar el riesgo creado por las cosas o por las actividades riesgosas o peligrosas (arts. 1722 y 1757) procede acudir a la analogía, por lo que se verificará en la práctica una ampliación de los supuestos de hecho que queden comprendidos en la responsabilidad objetiva, máxime teniendo en cuenta su extendida aplicación en la legislación especial (art. 155, Código Aeronáutico; art. 336, Ley de Navegación 20.094; arts. 5º, 6º y 40, ley 24.240; arts. 4º y 31, Ley de Riesgos del Trabajo 24.557; art. 29, Ley General del Ambiente 25.675; art. 45, Ley de Residuos Peligrosos 24.051; Ley de Residuos Industriales 25.612). Es decir, en suma, es admisible que se incorporen otros supuestos de riesgo además de los normados expresamente, por lo que “constituye un catálogo abierto que incluye nuevas incorporaciones”¹⁸⁸.

En definitiva, y partiendo de la base de que “el Derecho es un sistema de reglas y de principios que estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del Derecho”¹⁸⁹, y dado que media unidad y coherencia en el sistema jurídico (el que debe ser interpretado en su totalidad y de modo armónico)¹⁹⁰, cabe concluir que la culpa opera “residualmente” como válvula de cierre del sistema. Constituirá una norma de remisión del sistema cuando: 1) medie vacío legal porque no existe ninguna norma expresa: A) en el Código Civil y Comercial ni B) en la legislación especial; 2) si a la laguna normativa le sigue una laguna interpretativa porque tampoco hay en la legislación común ni en la especial ninguna previsión legal que permita una interpretación analógica de otros factores objetivos ni del riesgo creado

¹⁸⁸ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 633; CALVO COSTA, *Derecho de las Obligaciones. Derecho de Daños*. 2 cit., p. 326.

¹⁸⁹ LON FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, citado en el voto del Dr. Lorenzetti, de la CSJN, 14-6-2005, “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc.”

¹⁹⁰ CSJN, 6-11-80, “Sagüir y Dib, Claudia Graciela s/Autorización”, *Fallos*: 202:1293.

ni de la actividad riesgosa o peligrosa. De esta forma se obtiene una convivencia armónica y equilibrada entre la culpa y el riesgo creado y, con ese alcance, se consagra a la culpa como norma de clausura o de cierre del sistema¹⁹¹.

III.2) *Algunas aplicaciones en concreto de la culpa*

1. La responsabilidad subjetiva, en enumeración que no es taxativa, se aplica, entre otros¹⁹², a los siguientes supuestos:

- En la producción del daño por el hecho propio culposo o doloso (art. 1749);
- en caso de encubrimiento (art. 1752);
- en la responsabilidad en el ejercicio de las profesiones liberales, incluidas las prestadas con cosas, salvo si se comprometió un resultado o el daño deriva del vicio de las cosas (art. 1768);
- en los supuestos de intromisión en la vida privada (art. 1770);
- en la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas (art. 160);
- en la responsabilidad solidaria de los fundadores y administradores de la fundación frente a terceros en la etapa de gestación (art. 200);
- en caso de infracción de los administradores y otros miembros de la persona jurídica en el pago de los gastos y de las obligaciones fiscales en la etapa de liquidación (art. 167);
- en la responsabilidad de los integrantes del consejo de administración de las fundaciones (art. 211);
- en la celebración de actos jurídicos (arts. 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 337, 2515);
- en caso de simulación (art. 337);
- en la responsabilidad de los directivos de las asociaciones civiles (art. 177);

¹⁹¹ Ver la opinión de ALTERINI, Atilio A., *Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil*, en L. L. del 30-7-2011, p. 1.

¹⁹² Se formulan aquí algunas precisiones con relación al trabajo anterior, GALDÓS, *La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto* cit., p. 1.

- en la responsabilidad del mandatario en la elección del sustituto (art. 1377), y en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 1324, inc. a);
- en la responsabilidad del tutor por los daños causados al tutelado (art. 118) y por culpa o dolo en la administración (art. 129, inc. c) o por falta de rendición de cuentas (art. 134).

2. El Código también contempla supuestos de culpa grave o dolo en algunas situaciones particulares: en la acusación calumniosa (art. 1771); el franquiciante responde por los defectos de diseño del sistema que causen daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o dolo del franquiciado (art. 1521); en el contrato de fideicomiso no se puede dispensar al fiduciario de la responsabilidad de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo propio o de sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 1676); en la donación, el donante sólo responde por los vicios ocultos de la cosa donada y debe reparar los daños si hubo dolo de su parte (art. 1558). El Código también contiene previsiones en las que la falta de culpa libera, por ejemplo, al depositario por la pérdida de la cosa depositada que parece sin su culpa (art. 1364). En algún supuesto la culpa produce efectos únicamente si se le adiciona la mala fe: por ejemplo, el poseedor de mala fe que actuó con culpa pierde el derecho a reclamar las mejoras necesarias (art. 1938). A veces la buena fe excluye la procedencia del daño: el poseedor de buena fe sólo responde por la destrucción total o parcial de la cosa hasta el provecho subsistente (art. 1936). El contratante que sin culpa confió en el apoderado que actuó sin mandato o en exceso de sus facultades tiene derecho al resarcimiento del daño (art. 376).

IV) Significado de la reforma

La incorporación de la culpa como factor residual de atribución, aunque con el alcance limitado que se señaló, importa asignarle el carácter de norma de cierre y de sustento último de una responsabilidad en el Derecho Privado patrimonial. La culpa será un factor subjetivo relevante que, integrado adecuadamente con los factores obje-

tivos, conformarán un sistema coherente y armónico que confiere basamento –jurídico y axiológico– al deber de responder.

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

D) Resumen

La responsabilidad es objetiva cuando la culpa no es necesaria para atribuir responsabilidad; más aún la culpa del agente es indiferente, y se prescinde de ella, por lo que la obligación de reparar se efectúa con abstracción de la imputación subjetiva. También se señala como rasgo que caracteriza a la responsabilidad objetiva la forma como opera la eximente: el sindicado como responsable se exonera si acredita la causa ajena, o sea la ruptura total o parcial del nexo causal. En la responsabilidad subjetiva el sindicado como responsable se exime si prueba que fue diligente (falta de culpa). En el terreno contractual se configura cuando el deudor no obtuvo el resultado determinado o eficaz prometido (arts. 774, incs. b, y c, 1723, 1768) o infringe el específico deber de seguridad o garantía por resultado asumido de que el acreedor no sufrirá daños en su persona o sus bienes (v. gr., arts. 1286, 1289, inc. c, 1292 y concs. para el transporte; arts. 1370, 1371 y 1374 y concs. para el hotelero). Se libera por la imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y definitiva no imputable al obligado, esto es por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 955 y 1732). Para eximirse de responsabilidad es insuficiente probar que se actuó sin culpa o que se obró con la diligencia debida porque la exoneración opera en el ámbito de la causalidad: sólo media liberación total o parcial si el sindicado como responsable acredita: el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el que no debe responder, el caso fortuito o fuerza mayor¹⁹³. Se dejan a salvo los supuestos en los que

¹⁹³ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones cit.*, t. 2, parágr. 526, p. 626; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1997, N° 922, p. 381.

otra norma disponga una responsabilidad más agravada en la que la eximente sea más restrictiva (v. gr., art. 29, Ley de Riesgos del Trabajo 24.557; arts. 40, 41, 42, 43 y concs., ley 25.612).

II) Concordancias

Acto voluntario (art. 260); acto involuntario (art. 261); efectos (art. 746); prestación de un servicio (art. 774); obligación de no hacer (art. 778); responsabilidad objetiva (art. 1243); obra en ruina o impropia para su destino (art. 1273); extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino (art. 1274); definición (art. 1280); responsabilidad del transportista (art. 1286); obligaciones del transportista (art. 1289); extensión de la responsabilidad (art. 1291); cláusulas limitativas de la responsabilidad (art. 1292); responsabilidad por el equipaje (art. 1293); cosas de valor (art. 1294); responsabilidad del cargador (art. 1297); depósito en hoteles (art. 1369); responsabilidad (art. 1370); eximentes de responsabilidad (art. 1371); cosas de valor (art. 1372); negativa a recibir (art. 1373); cláusulas que reducen la responsabilidad (art. 1374); establecimientos y locales asimilables (art. 1375); responsabilidad (art. 1376); patrimonio separado, seguro (art. 1685); factores de atribución (art. 1721); responsabilidad objetiva (art. 1723); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); atenuación de la responsabilidad (art. 1742); daños causados por actos involuntarios (art. 1750); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); hecho de los hijos (art. 1754); cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755); otras personas encargadas (art. 1756); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757); sujetos responsables (art. 1758); daño causado por animales (art. 1759); cosa suspendida o arrojada (art. 1760); autor anónimo (art. 1761); actividad peligrosa de un grupo (art. 1762); responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 1767); profesionales liberales (art. 1768); accidentes de tránsito (art. 1769); inmisiones (art. 1973). Ley de Residuos Peligrosos 24.051 (arts. 22, 45, 31, 47, 48). Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (modificada por el nuevo Código, arts. 5°, 6°, 40). Ley General del Ambiente 25.675 (art. 29).

Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 (art. 39.1). Ley de Residuos Industriales 25.162 (arts. 40, 41, 42, 43).

III) Interpretación de la norma

III.1) Principios generales

En el Código los factores objetivos (art. 1722) comprenden: el riesgo (arts. 1757 y 1758), la garantía (art. 1725), la equidad (art. 1742), el abuso del derecho (art. 1718, inc. a) y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos (art. 1973), según una clasificación ya citada¹⁹⁴ y responsabilidad contractual objetiva.

La obligación es de resultado cuando “de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado” (art. 1723); cuando el profesional liberal comprometió “un resultado concreto” (art. 1768); cuando en la prestación de un servicio el deudor comprometió al acreedor “procurar [...] cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia” (art. 774, inc. b) o “procurar [...] el resultado eficaz prometido” (art. 774, inc. c); el transportista asume la obligación de garantizar la seguridad del pasajero transportado (art. 1289, inc. c).

III.2) Otros supuestos de responsabilidad objetiva

1. En el nuevo Código se prevén, entre otros, los siguientes supuestos de responsabilidad objetiva:

- Por el riesgo y vicio de las cosas, incorporándose expresamente las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (arts. 1757, 1758, 1733, inc. e);
- los daños causados por los actos involuntarios (arts. 260, 261, 1750);
- la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y de quien se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 1753);

¹⁹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 274.

- en las obligaciones de no hacer (art. 778);
- en las obligaciones de dar (art. 746);
- el vendedor de la cosa ajena que garantiza el éxito de la promesa (art. 1008);
- en la obligación de hacer el factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo (arts. 774, 1251, 1252);
- la responsabilidad del transportista de personas y cosas por la avería o pérdida de las cosas del transportado y de su equipaje (arts. 1280, 1286) derivadas del incumplimiento del contrato o del retraso en su ejecución (art. 1291), salvo por las pérdidas o daños del equipaje de mano que el pasajero lleva consigo, de los efectos que quedaron bajo su custodia y de las cosas de valor extraordinario no declaradas (arts. 1293 y 1294); se prevé una tutela más enfática de la persona porque se tienen por no escritas las cláusulas limitativas de responsabilidad del transportista por muerte o daños corporales (art. 1292);
- la responsabilidad del cargador (art. 1297);
- la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos (arts. 1754 y 1755);
- el daño causado por animales (art. 1759);
- la responsabilidad del dueño y del ocupante de un edificio por las cosas arrojadas o caídas (art. 1760);
- la responsabilidad del grupo en caso de actividad peligrosa y la responsabilidad del grupo en caso de autoría anónima (arts. 1762 y 1761);
- el daño derivado de los accidentes de tránsito (art. 1769);
- la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos (art. 1767);
- la responsabilidad del tomador en el contrato de leasing (art. 1243);
- la responsabilidad del hotelero por los daños o pérdida de los efectos introducidos en el hotel, en el vehículo guardado en lugares del establecimiento o puesto a su disposición por el hotelero, salvo "caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera"; por las cosas de valor extraordinario denunciadas y

- guardadas en caja de seguridad la responsabilidad del hotelero se limita al valor de lo declarado (arts. 1369, 1370, 1371, 1372, 1374, 1375). Estas normas del depósito necesario se aplican a "los establecimientos y locales asimilables": "los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que presten sus servicios a título oneroso";
- la responsabilidad de los propietarios de casas de depósito por las cosas depositadas; se liberan de la responsabilidad en la conservación de las cosas depositadas si prueban que la pérdida, disminución o avería de las cosas se produjo por su naturaleza, vicio propio o del embalaje y por caso fortuito externo a la actividad (art. 1376);
- en los casos de ruina o por daños que comprometen la solidez de la obra y los daños que la hacen impropia para su destino, el constructor se libera si prueba la causa ajena (art. 1273); no es causa ajena el vicio del suelo ni de los materiales; esa responsabilidad es extensible a quien vende la obra que construyó o hizo construir si ésta es su profesión habitual, a quien cumpla una misión semejante a la de un contratista, y al subcontratista, proyectista, director de obra u otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción, según la causa de los daños (art. 1274);
- en el contrato de leasing, la responsabilidad del tomador es objetiva del mismo modo que el dador que no contrató el seguro obligatorio o su monto es irrazonable (art. 1243);
- el fiduciario cuando no contrató el seguro obligatorio contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso o cuando la cobertura de riesgos o montos contratados resulte irrazonable (art. 1685);
- el prestador de una caja de seguridad responde por la idoneidad de la custodia de los locales, la integralidad de la caja y su contenido, salvo caso fortuito externo a su actividad y por el vicio de las cosas guardadas.

En suma, los numerosos supuestos fácticos que comprenden la res-

ponsabilidad objetiva ponen de manifiesto en concreto el alcance limitado del carácter remanente de la culpa como factor de atribución en caso de ausencia expresa o tácita de otro factor y de vacío o laguna interpretativa en todo el sistema y en los subsistemas¹⁹⁵.

2. En la legislación especial se verifican numerosos supuestos expresos de responsabilidad objetiva. Para los daños causados al consumidor y usuario por productos, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (modificada por el nuevo Código) prevé la responsabilidad objetiva (art. 40) y un deber de seguridad porque “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” (arts. 5° y 6°). La Ley 24.051 de Residuos Peligrosos (del año 1992) presume que todo residuo peligroso es cosa riesgosa (art. 45) y asigna responsabilidad a su generador por la creación del riesgo (art. 22) ya que no queda liberado “por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento” del residuo, salvo mayor peligrosidad de un residuo determinado como consecuencia de un tratamiento defectuoso efectuado en la planta de tratamiento o disposición final (art. 48). No se admite la invocación de la culpa del tercero cuando su “acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso” (art. 47); además el transportista de residuos peligrosos es considerado guardián (art. 31). La Ley General del Ambiente 25.675 sólo exonera de responsabilidad demostrando que los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, sin mediar culpa concurrente del sindicado como responsable, y pese a haber adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo (art. 29). El Código de Minería determina la responsabilidad del propietario de la mina aunque los perjuicios provengan de caso fortuito (arts. 161 y 248). En materia de daños nucleares se limita la prueba liberatoria a la culpa grave o dolo de la víctima (art. IX, párr. 2) y a la fuerza mayor consistente en “conflicto armado, hosti-

lidades, guerra civil o insurrección” (art. IV, párr. 3.a) (Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 ratificada por la ley 17.048 de 1966). El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad con la prueba de la culpa de un tercero cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 40, 41, 42, 43, Ley 25.162 de Residuos Industriales).

III.3) *Las eximentes*

Las eximentes operan en el ámbito de la causalidad adecuada ya que la ruptura total o parcial entre el resultado dañoso y el hecho ilícito exonera al responsable —también total o parcialmente— del deber de resarcir. Y esa causa ajena puede ser: el hecho (no sólo la culpa) del damnificado (art. 1729); el hecho (no sólo la culpa) de un tercero por el que el sindicado como responsable no debe responder (art. 1731) y el caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730). Si bien el artículo no lo dice expresamente, la exoneración puede ser total o parcial, lo que resulta también de su interpretación armónica con los restantes artículos (por ejemplo, arts. 1719, 1726, 1727, 1731). También la eximición puede resultar del acuerdo de voluntades libre e informado siempre que no constituya una cláusula abusiva y que no afecte derechos indisponibles (por aplicación analógica del art. 1720), como por ejemplo en el transporte de personas en el que se tienen por no escritas las cláusulas que liberan al transportista en caso de muerte o daños personales (art. 1292).

La norma dispone que el responsable se exonera de responsabilidad salvo disposición legal en contrario. En efecto, tanto en el Código como en la legislación especial se registran numerosos supuestos de responsabilidades agravadas en las que las eximentes son más rigurosas. Por ejemplo, para el constructor de una obra de larga duración no constituye causa ajena el vicio del suelo ni de los materiales (art. 1273); el hotelero se libera sólo si prueba el caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad hotelera (art. 1371); el propietario de casa de depósito si prueba que la pérdida, avería o disminución de la cosa depositada derivó de la naturaleza de esa cosa, de vicio propio de ellas o de los del embalaje o del caso fortuito externo a la actividad

¹⁹⁵ Ver GALDÓS, Jorge M. y BIONDA, Rodrigo E., *La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Suprema Corte bonaerense*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2009-1, *La culpa - I*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, p. 159.

(art. 1376); el prestador de una caja de seguridad no responde por el vicio de las cosas guardadas ni por caso fortuito ajeno a su actividad (art. 1413). También debe recordarse que la legislación especial prevé supuestos más agravados de exoneración total o parcial de responsabilidad (leyes citadas 25.551, 25.612, 25.675, etc.)¹⁹⁶.

IV) Significado de la reforma

El nuevo texto implica un avance significativo ya que define las circunstancias que configuran la responsabilidad objetiva y precisa cómo opera la eximición de responsabilidad, total o parcial, en el terreno de la causalidad. El principio general deja a salvo supuestos particulares que resultan de la aplicación particular del instituto de que se trate.

Art. 1723 Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

I) Resumen

La doctrina de las obligaciones de medios y de resultado ha sido utilizada por la doctrina argentina, en base a la doctrina francesa, con numerosas posiciones distintas, que, en el plano de su aplicación, dio lugar a soluciones dispares. Por esta razón no se las incluyó expresamente ni se las reguló, estableciendo reglas normativas antes que clasificaciones¹⁹⁷. Por eso existe una definición clara de los supuestos en el artículo 774 que regula las obligaciones de hacer. Cuando se promete un resultado determinado, la responsabilidad es objetiva (art. 1723), porque en estos casos, si no se produce el resultado esperado, no es necesario probar la falta de culpa. La imputación es entonces objetiva.

¹⁹⁶ Ver supra párrafo 2º, de punto III.2, 2.

¹⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad civil de los médicos*, t. 1, p. 468.

II) Concordancias

Prestación de un servicio (art. 774); promesa de bienes ajenos (art. 1008); calificación del contrato (art. 1252); deber de reparar (art. 1716); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); sujetos responsables (art. 1749); profesionales liberales (art. 1768).

III) Interpretación de la norma

III.1) Obligaciones de medios y de resultado

La responsabilidad tradicionalmente denominada “contractual” tiene como presupuesto fundamental al incumplimiento de una obligación (arts. 1716 y 1749). Probada la existencia de un incumplimiento, y de daños que están en relación de causalidad adecuada con él, habrá responsabilidad del deudor, salvo que éste demuestre, a su vez, que la obligación se ha extinguido por algún motivo, y en particular por imposibilidad de cumplimiento en los términos de los artículos 955 y 1732 del Código¹⁹⁸.

Ahora bien, dado que el incumplimiento se define por contraposición a lo que el obligado debía hacer para cumplir –pues consiste en “el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, y en consecuencia, falta de ejecución, o ejecución inexacta de la prestación”¹⁹⁹–, para determinar su existencia es preciso establecer, en cada caso, qué era “lo debido” por el deudor.

Esto conduce necesariamente a la conocida clasificación de las obligaciones “de medios” y “de resultado”, aceptada por la mayoría

¹⁹⁸ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* cit.; JORDANO FRAGA, Francisco, *Obligaciones de medios y de resultado*, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, enero-marzo de 1991, t. XLIV, fasc. I, p. 20; BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* cit.; PICASSO, Sebastián, *La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios*, en L. L. 2000-C-991; *La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación*, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 2009-1, *La culpa – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 125.

¹⁹⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 478.

de la doctrina, y de muy frecuente empleo por la jurisprudencia. En las primeras, el deudor se compromete simplemente a desarrollar un plan prestacional diligente, tendiente, ciertamente, a satisfacer un interés del acreedor, pero sin asegurar este último resultado (v. gr., el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a desarrollar una conducta acorde a los dictados de la ciencia, encaminada a lograr su curación). Por el contrario, en las obligaciones de fines el deudor afianza o garantiza un resultado, y únicamente puede considerarse que ha cumplido cuando aquél se alcanza efectivamente (v. gr., el locador de obra se compromete a lograr un resultado, "obra construida", en el tiempo fijado al efecto).

Es decir que el incumplimiento de la obligación se producirá de manera diferente según que nos encontremos ante una u otra clase de deberes. En las obligaciones de medios, en principio, el incumplimiento equivale a la culpa del deudor, porque estando éste precisado de prestar una conducta diligente, la inejecución de la obligación consistirá en actuar negligentemente, es decir, de manera culpable. En los deberes de fines, en cambio, resultará indiferente la existencia de culpa por parte del obligado, pues para cumplir precisará éste alcanzar el resultado comprometido. Así las cosas, la sola falta de consecución de este resultado configura el incumplimiento del *solvens*²⁰⁰.

²⁰⁰ PICASSO, Sebastián, *El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevinida de la prestación. Obligaciones de medios y de resultado*, en AMEAL, Oscar J. (dir.) y GESUALDI, Dora M. (coord.), *Derecho Privado*, libro de homenaje al profesor Dr. Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 1097 y ss.; *La singularidad...* cit., ps. 167 y ss.; BUERES, Alberto J., *Responsabilidad contractual objetiva*, en J. A. 1989-II-964; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La responsabilidad contractual objetiva*, en L. L. 1988-B-998; AGOGLIA, María M.; BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 61 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1989, ps. 300 y ss.; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 583; MORELLO y GALDÓS, *Indemnización del daño contractual* cit., ps. 153/154; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 232; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*, Zavallá, Buenos Aires, 2004, t. 1, p. 338; STIGLITZ, Gabriel A., *Responsabilidad civil por incumplimiento contractual*, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos. Teoría general*, Depalma, Buenos Aires, 1994, t. I, ps. 571 y ss.

Por eso, a diferencia de lo que sucede en el terreno extracontractual, en la responsabilidad contractual el factor de atribución no se extrae del análisis del hecho que produjo el daño (con o sin cosas riesgosas o viciosas, como consecuencia de una actividad riesgosa, con culpa o dolo, por un dependiente o hijo menor, etc.), sino de la extensión de lo debido por el obligado. Si éste se había comprometido a un resultado, responde por su sola falta de consecución, es decir, de manera objetiva. Es lo que dispone la norma en comentario.

III.2) *La responsabilidad contractual objetiva en el Código*

En los Fundamentos del Código se alude al distingo entre las obligaciones de medios y de resultado, y se sostiene que se ha prescindido de hacer referencia a él en la definición de la imputación objetiva, en razón de las controversias que ha suscitado en la doctrina argentina. Pero se agrega: "sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática, en el plano normativo es claro que si el deudor promete un resultado determinado, y éste no se obtiene, no puede liberarse demostrando su falta de culpa".

Es decir que, si bien se ha preferido no mencionar explícitamente esas dos categorías de obligaciones, el distingo entre las obligaciones de medios y de resultado –cuyo empleo como construcción dogmática se acepta en los Fundamentos– se encuentra implícito tanto en el artículo en comentario como en el artículo 774, que en materia de obligaciones de hacer distingue entre los casos en los cuales se ha prometido realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, o procurar al acreedor un resultado concreto (que puede variar en su extensión). Por su parte, el artículo 1008, al tratar acerca de los contratos sobre bienes ajenos, distingue según que el que promete transmitirlos haya garantizado el éxito de la promesa (caso en el cual responde ante la sola frustración de ese resultado), o no lo haya hecho, y en este segundo supuesto "sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice", y responde únicamente por culpa. También para distinguir la locación de obra de la de servicios se vuelve sobre esa idea, cuando se establece que, en la duda, debe entenderse que hay un contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad

independiente de su eficacia, y de obra cuando se promete un resultado eficaz (art. 1252). Finalmente, el mismo distingo reaparece en el artículo 1768, que dispone que la responsabilidad del profesional liberal es subjetiva, salvo que se haya comprometido un resultado concreto²⁰¹.

En otras palabras, cuando lo debido es un resultado se aplica el artículo 1723, razón por la cual el incumplimiento –y la consiguiente responsabilidad del deudor– se configura por su sola falta de obtención. Cuando, en cambio, el plan prestacional consiste en una conducta diligente juega el artículo 1724 y la configuración del incumplimiento –y de la responsabilidad del obligado– requiere de la presencia de culpa del *solvens*.

Así las cosas, es importante establecer qué criterios deben seguirse para saber si se está ante uno u otro caso. En principio, si se trata de obligaciones surgidas de un contrato habrá de estarse a “lo convenido por las partes”, como lo señala el artículo en comentario. Si la extensión de lo debido no resulta claramente de lo pactado, entonces rige el otro criterio sentado por el artículo 1723: deberá estarse a lo que surja “de las circunstancias de la obligación”. Como pauta general, puede decirse que las obligaciones de dar y de no hacer tendrán, en principio, el carácter de deberes de resultado²⁰², mientras que en materia de obligaciones de hacer habrá que desentrañar, en los términos del artículo 774, si se empeñaron medios o fines. Esta última norma distingue, asimismo, dos supuestos diferentes de obligación de resultado (incs. b, y c), según la extensión de lo debi-

²⁰¹ En ese sentido, las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 25, 26 y 27 de octubre de 2012) declararon: “El Proyecto de 2012 incorpora la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado como criterio para establecer el factor de atribución aplicable en materia de responsabilidad contractual (arts. 774, 1252, 1723, 1768 y conc.)” (conclusiones de la Comisión N° 3, punto 5). Vid. también SÁENZ, Luis R. J., *La responsabilidad del profesional liberal en el reciente Proyecto de Código Civil y Comercial*, en J. A. del 26-12-2012, p. 54.

²⁰² LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2008, ps. 831/832; JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2000, ps. 57 y ss.; PICASSO, Sebastián, *Obligaciones de medios y de resultado*, en J. A. 1996-II-713.

do: procurar cierto resultado concreto con independencia de su eficacia, o procurar el resultado eficaz prometido.

Otro criterio adicional muy empleado por la doctrina y la jurisprudencia para establecer si se está o no ante la promesa de un resultado en el caso concreto consiste en tener en cuenta el grado de aleatoriedad de ese resultado en relación con el obrar del deudor. Si aquél puede alcanzarse normalmente mediante la conducta del obligado, sin que intervengan mayormente factores aleatorios, se estará ante una obligación de resultado (v. gr., la obligación de construir una obra en determinado plazo), mientras que ella será de medios en el caso contrario²⁰³. En este último sentido, suele afirmarse que las obligaciones asumidas por los médicos, o los abogados, son de medios, porque el resultado (curación del paciente, triunfo en el pleito) depende no sólo de lo que hagan o dejen de hacer en el caso esos profesionales, sino también de otros múltiples factores aleatorios (el estado de salud del paciente, el grado de avance de los conocimientos médicos, las terapias accesibles, etc., o bien la prueba que se produzca en el juicio, la opinión de la doctrina o la jurisprudencia, etc.).

Finalmente, es necesario dejar en claro que esta cuestión del factor de atribución no tiene nada que ver con la carga de la prueba, que está regida por otras normas. A tenor de los artículos 1749 y 1734, el acreedor que reclama daños y perjuicios tiene a su cargo probar el incumplimiento, lo que lo fuerza a acreditar, en principio, la simple falta de obtención del resultado, si la obligación es de fines, o la culpa del deudor, si aquella es de medios. Sin embargo, en este último supuesto (obligaciones de medios) la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con la diligencia debida, puede ser distribuida por el juez de manera diversa, en los términos del artículo 1735. En cualquier caso, acreditado el incumplimiento, el deudor podrá aun liberarse por la prueba de la imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable, causada por caso fortuito (arts. 955, 1732 y 1734).

²⁰³ JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile* cit., p. 59; PICASSO, *Obligaciones de medios y de resultado* cit.; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 596.

IV) Significado de la reforma

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia ampliamente mayoritarias aceptan desde hace mucho tiempo que cuando el deudor debe obtener un resultado su responsabilidad es objetiva, esa conclusión no estaba claramente consagrada en el código derogado. Por el contrario, varias de sus normas parecían dar a entender que el deudor únicamente respondía por culpa (arts. 511, 512 y concs.), aunque también se apreciaba en su articulado una confusión entre el caso fortuito y la falta de culpa (arts. 513 y 514). En definitiva, el código derogado reflejaba las tendencias dominantes en el momento de su sanción, y no daba cuenta del desarrollo de la responsabilidad contractual que tuvo lugar a lo largo del siglo XX. El Código, en cambio, recoge los criterios actuales y aclara que el factor de atribución en la responsabilidad contractual está determinado por la extensión del compromiso que haya asumido el deudor, pues la responsabilidad es subjetiva en las obligaciones de medios, y objetiva en las de resultado.

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

I) Resumen

En la responsabilidad subjetiva media autoría material e imputabilidad moral, es decir voluntariedad (discernimiento, intención y libertad, arts. 260, 261) en el agente que ejecuta el hecho por acción u omisión (art. 1749) y que es merecedor de un juicio de reproche (art. 1737). Los dos factores de atribución de responsabilidad subjetivos previstos expresamente son la culpa y el dolo, aunque también se regulan supuestos especiales de culpa agravada.

En la culpa no media intención de dañar; en cambio en el dolo el daño se produce, en el ámbito contractual o en el extracontractual, de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los derechos ajenos. Las tres modalidades de la culpa son: la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Además en ausencia de otro factor de atribución, la culpa actúa como norma de cierre del sistema (art. 1721).

II) Concordancias

Acto voluntario (art. 260); acto involuntario (art. 261); extinción relativa de solidaridad (art. 837); buena fe (art. 961); configuración del incumplimiento (art. 1084); obligaciones del transportista (art. 1289); cláusulas limitativas de la responsabilidad (art. 1292); obligaciones del mandatario (art. 1324); obligación del depositario (art. 1358); acción preventiva (art. 1711); consentimiento del damnificado (art. 1720); factores de atribución (art. 1721); previsibilidad contractual (art. 1728); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); facultades judiciales (art. 1735); concepto de daño (art. 1737); dispensa anticipada de la responsabilidad (art. 1743); acusación calumniosa (art. 1771). Ley de Seguros 17.418 (art. 70). Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (art. 87). Ley de Concursos 24.522 (arts. 99 y 255).

III) Interpretación de la norma

III.1) La culpa. Concepto y caracterización

1. El texto actual sigue el antecedente del artículo 512 del código derogado, que fue elogiado por la doctrina porque es “una fórmula feliz”²⁰⁴, una de las “más logradas de todas las que se han usado”, resulta “prácticamente insuperable”²⁰⁵, es “eminente práctica”²⁰⁶

²⁰⁴ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 7ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 101; LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1947, t. VI, vol. I, p. 169, N° 176.

²⁰⁵ ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales* cit., p. 184, N° 427.

²⁰⁶ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 322, N° 810 d.

y prevé “cuestiones de hecho que el juez debe aplicar en cada caso”²⁰⁷. Mantienen vigor las reflexiones de Vélez Sársfield en su nota: “el artículo se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables...” Ahora se alude a la diligencia debida, en singular, que tiene un sentido propio de conducta exigible, en lugar del plural del texto originario que se refería a las “diligencias”, concepto que se refiere más bien a trámites o tramitaciones. El nuevo Código consagra una norma abierta que confía en la prudencia judicial y establece criterios o parámetros de conducta, sustentados en pautas de razonabilidad y cuyo contenido deberá concretar el juez en cada caso.

2. La culpa puede consistir en la imprudencia, la impericia o la negligencia. La imprudencia es la conducta positiva, la acción que se ejecutó de manera precipitada, no adecuada, prematura o irreflexiva. Importa falta de previsión o de precaución: se hace más de lo que se debe. “Imprudencia” significa falta de ejercicio de la condición de prever y evitar los perjuicios. Por ejemplo, obra con imprudencia el conductor que circula a excesiva velocidad. En la negligencia no se toman las debidas precauciones; es la conducta omisiva de la actividad que hubiera evitado el resultado; se hace menos de lo que se debe o no hizo lo que se debía hacer. Siguiendo con el ejemplo, es el caso del conductor que sale a la calle con el automóvil en malas condiciones. Mientras que en la negligencia no se hace algo que la prudencia indica hacer, en la imprudencia, en cambio, se hace algo que la prudencia indica no hacer. La impericia importa desconocer las reglas propias del arte, ciencia o profesión; se actúa con incapacidad técnica, apartándose del estándar del comportamiento medio del buen profesional. Por ejemplo el conductor profesional que infringe las normas de tránsito esenciales.

3. Las cuatro directivas básicas previstas para ponderar la culpa son las siguientes: 1) las circunstancias de la obligación o en las que se produjo el hecho: verbigracia, en el contrato de transporte es mayor la diligencia debida en el transporte de personas –en el que está en

²⁰⁷ LLERENA, Baldomero, *Derecho Civil. Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1899, t. II, p. 414, N° 1.

juego la vida y la integridad– que en el de cosas (arts. 1292, 1293); la prudencia requerida al conductor de un automóvil es mayor al pasar frente a una escuela de la que salen niños que cuando transita en una zona despoblada; 2) las circunstancias de las personas: no es igual la diligencia esperada de un chofer experimentado que de uno principiante; 3) las circunstancias del tiempo: verbigracia, el conductor debe extremar las precauciones si está lloviendo; 4) las circunstancias del lugar: verbigracia, requiere mayor grado de cautela conducir en un camino montañoso que hacerlo en una ruta desértica.

III.2) Valoración de la culpa

1. También conservan plena actualidad y son aplicables a la valoración de la culpa las consideraciones efectuadas con relación al artículo 512 del código derogado. Si bien se esbozaron distintas opiniones, prevalecía el criterio de la valoración en concreto de la culpa aunque algunos autores reconocían que, en la práctica, el sistema de apreciación de la culpa era mixto: en concreto y en abstracto. La apreciación abstracta u objetiva –propia de la relación causal– no prescinde por completo del examen de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias del caso; ni la apreciación en concreto –propia de la culpa– deja de cotejar la conducta del agente con la de un individuo de diligencia normal²⁰⁸. Se establece una regla específica en el artículo 1725 como parámetro que sirve para complementar la interpretación de la culpa y de la relación causal²⁰⁹. En la culpa el juez valora en concreto, pero en base a un tipo abstracto de comparación que permita confrontar cómo actuó efectivamente el sujeto con relación a la naturaleza de la obligación o del hecho, a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar y –conforme surge del artículo 1725– al mayor grado de previsibilidad requerido si las condiciones personales del agente o la confianza imponían un mayor deber de diligencia. O sea cuando se supera

²⁰⁸ ORGAZ, *La culpa* cit., p. 133; MAYO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto (dir.) y ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, t. II, p. 638; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., N° 806.

²⁰⁹ Ver infra art. 1725.

la exigencia del nivel medio o estándar de la prudencia debida, ese mismo “plus” se traslada a la ponderación de lo actuado por el sujeto.

2. Si bien el Código actual, como el anterior, no recoge el distingo de la gradación, conocida como la teoría de la prestación de la culpa (culpa grave, culpa leve, culpa levísima), en el mismo Código como en el resto del ordenamiento se hace referencia a la culpa grave, lo que importa una implícita aceptación de las gradaciones de la culpa (v. gr., arts. 1711, 1771; Ley de Seguros 17.418, art. 70; Ley de Contrato de Trabajo 20.744, art. 87; Ley de Concursos 24.522, art. 99 –referido a la culpa grave del peticionante de la quiebra– y art. 255, que autoriza la remoción del síndico por culpa grave; Ley de Sociedades 19.550, art. 274)²¹⁰.

III.3) *Algunas aplicaciones de la culpa*

1. Los principales principios aplicables son los siguientes:

- La carga de la prueba de la culpa incumbe a quien la alega, salvo disposición legal o convencional en contrario (art. 1734). En algunos supuestos median presunciones legales de culpa, verbigracia, el transportador aeronáutico no será responsable si prueba que él y sus dependientes tomaron las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible evitarlo (arts. 139 a 142 del Código Aeronáutico) y presunciones judiciales, verbigracia, que la excesiva velocidad impidió el control efectivo del automóvil (art. 1735);
- el sindicado como responsable se libera demostrando que actuó sin culpa (arts. 1734, 1735). Se trata de un hecho positivo: probar que se tomaron el conjunto de diligencias y precauciones que hubiera adoptado una persona común teniendo el nivel de diligencia propio de una persona normal. Se consagra el parámetro de la normalidad ya que las cosas ocurren según su curso natural y ordinario (v. gr., de noche se ve menos que de día). También se acude al cartabón de normalidad en caso de que el agente tenga condiciones personales inferiores a la media. En efecto, a

²¹⁰ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., 2004, t. II, p. 139.

diferencia del Derecho Penal y dando primacía axiológica a la víctima de daños, no es computable la peor situación del agente: un conductor sordo, miope o irascible responde en función de la diligencia media y no es juzgado más benignamente por sus menores condiciones;

- la invocación de la falta de culpa o de la culpa de un tercero incumbe a quien la alega (art. 1734);
- el sindicado como responsable en casos de culpa agravada se libera demostrando que actuó superando el estándar medio de conducta exigible, esto es que no incurrió en el plus de negligencia, imprudencia e impericia que aumenta su culpa;
- puede operar la carga dinámica de la prueba que asigna la carga probatoria a quien está en mejores condiciones en el juicio para probar un hecho determinado: la falta de culpa (haber actuado con la diligencia debida) o la culpa de otro (la prueba de la culpa ajena) (art. 1735);
- en la responsabilidad objetiva el responsable presunto no se libera demostrando que actuó sin culpa, sino que para eximirse total o parcialmente debe acreditar la ruptura del nexo causal (art. 1722);
- en la esfera contractual, el acreedor, por regla, está eximido de probar la culpa y el deudor debe acreditar que cumplió, que obró sin culpa, la ruptura total o parcial de la relación causal o la imposibilidad de cumplimiento objetivo, absoluto y definitivo por fuerza mayor (arts. 955 y 1732), especialmente en las obligaciones objetivas de resultado (art. 1723), en las obligaciones de dar (art. 746) y en las obligaciones de no hacer (art. 778). En las obligaciones de hacer si el deudor se comprometió a realizar sólo cierta actividad con la diligencia apropiada independientemente de su éxito debe probar que puso la diligencia adecuada para la realización de la actividad comprometida y que, pese a ello, no obtuvo el resultado previsto (art. 774, inc. c). En cambio, si se obligó a obtener “un resultado eficaz” (art. 774, inc. c) o a procurar “cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia” (art. 774, inc. b) debe acreditar la causa ajena, lo que comprende la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta

no imputable al obligado (art. 1732). Además, concurren supuestos particulares: por ejemplo, el hotelero debe probar que el daño fue causado por caso fortuito o fuerza mayor ajena al riesgo de la actividad (art. 1371); el constructor de un inmueble de larga duración en la locación de obra debe probar que el daño obedeció a una causa ajena (art. 1273); el dueño de casas de depósito que la pérdida, disminución o avería de las cosas depositadas derivaron de la naturaleza, vicio de las cosas o de su embalaje o de caso fortuito externo a la actividad (art. 1376), entre otros;

- las cláusulas de exoneración de culpa se tienen por no escritas cuando se trata de bienes indisponibles o están en juego la vida o la integridad corporal de las personas (v. gr., art. 1289, inc. c, y 1292 para el transporte de personas).

2. En ocasiones puntuales el parámetro de referencia es la conducta del mismo sujeto obligado ya que a veces el nivel de diligencia exigible es el de propia diligencia, como el depositario que debe poner en la guarda de las cosas la misma diligencia o el mismo cuidado que tiene para sus cosas (art. 1358). También el mandatario está obligado a cuidar los negocios de su mandante como lo haría con sus propios negocios salvo que las reglas de la profesión o los usos del lugar impongan una diligencia mayor (art. 1324, inc. a). El parámetro general es el de la razonabilidad, es decir el contratante cuidadoso y previsor de buena fe (arts. 729 y 961).

III.4) *El dolo*

1. De acuerdo al *Diccionario* de la Real Academia “dolo” significa “engaño, fraude, simulación” y otra acepción alude en los delitos a “la voluntad deliberada de cometerlos a sabiendas de su carácter delictivo”. El dolo es “el factor subjetivo de atribución de responsabilidad civil que se caracteriza por que el agente obra con la intención de producir un daño, el que prevé en base al conocimiento que tiene de las circunstancias que rodean la realización del hecho”²¹¹. En el dolo

²¹¹ PICASSO, Sebastián, comentario al art. 1072, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, p. 157.

la intención se dirige a causar el daño: el deudor quiere el acto (igual que en la culpa) pero también quiere el resultado (en la culpa el resultado era evitable o previsible). En el código derogado con la reforma de la ley 17.711 el dolo como vicio de la voluntad estaba previsto en los artículos 931, 933 y concordantes; el dolo delictual, como elemento de un acto ilícito, en el artículo 1072 referido al hecho ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar; el dolo obligacional o contractual daba origen a la responsabilidad del deudor doloso en los artículos 506 y 521²¹². La noción de dolo incluye a la malicia.

2. El dolo delictual previsto en el artículo 1702 requería de dos presupuestos: acto ilícito ejecutado “a sabiendas” (elemento intelectual) y “con la intención de dañar” (elemento volitivo)²¹³. Para algunos autores en el dolo delictual la ejecución del acto “a sabiendas” de su ilicitud quiere decir que el autor es conciente de la antijuridicidad de su conducta; en cambio otra posición sostenía que no era necesaria la conciencia de la antijuridicidad del acto ya que lo decisivo era la previsión del resultado dañoso. Alcanza con que el agente tenga conocimiento de que el resultado dañoso se producirá si la acción se emprende²¹⁴. En el delito civil lo importante es la previsión del resultado dañoso buscado por el agente a través del acto²¹⁵. El otro requisito es la intención de dañar. El agente se representó el resultado, ejecutó el acto y quiso el resultado; tiene el propósito de causar el perjuicio²¹⁶.

Existen varias clases de dolo. Una clasificación diferenciaba el dolo directo del indirecto o eventual. En el dolo directo la intención

²¹² ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales* cit., p. 197, N° 458; LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-B, p. 315.

²¹³ LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 250.

²¹⁴ PICASSO, Sebastián, comentario al art. 1072, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, p. 157.

²¹⁵ ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación* cit., p. 96, N° 107.

²¹⁶ CALVO COSTA, *Derecho de las Obligaciones. Derecho de Daños*. 2 cit., p. 307.

refleja la finalidad inmediata y el autor tiene la voluntad concreta de dañar; verbigracia, el disparo de arma de fuego que mata a otro deseando ese resultado; el autor quiere el daño. En el dolo indirecto o eventual la intención está dirigida a otro resultado pero igual se afronta la acción; se quiere herir con el disparo de un arma de fuego y se mata en vez de herir. Se ejecuta el acto con total indiferencia porque si bien no se quiere el daño ya que no se tiene la voluntad concreta de dañar, no se descarta que pueda producirse pero igualmente se actúa. Algunos autores opinaban que el delito civil sólo comprende el dolo directo (hay intención dañosa); otros sostenían que basta que el sujeto se represente el resultado aun cuando no tenga la intención de producirlo²¹⁷. También se diferenciaba el dolo directo del dolo indirecto y dolo eventual. En el directo la intención es la finalidad inmediata en la conducta del agente, en el indirecto se asume una finalidad diferente al resultado pero igualmente se actúa; el comerciante que incurre en competencia desleal, denigrando la figura de su competidor, tiene la intención primaria de obtener un beneficio económico y no de perjudicarlo. En el dolo eventual el agente se representa internamente el resultado vinculado al efecto querido e igualmente actúa²¹⁸.

3. El dolo contractual u obligacional estaba previsto en el código derogado en el artículo 521 y fue agregado por la reforma de 1968 que aludía a la "inejecución maliciosa" de la obligación en cuyo caso se responde por las consecuencias mediatas. Prevalecía la postura que entendía que la malicia se refiere a la inejecución deliberada, conciente, en la que no se cumple pudiendo hacerlo; no constituye una nueva categoría de incumplimiento doloso ya que se trata de la mera inejecución deliberada que configura el dolo en el incumplimiento extracontractual²¹⁹. O sea dolo y malicia son términos intercambiables y

²¹⁷ ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales* cit., p. 197, N° 458; LLAMBÍAS, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia* cit., t. II-B, p. 315.

²¹⁸ Ver CALVO COSTA, *Derecho de las Obligaciones. Derecho de Daños*. 2 cit., p. 305.

²¹⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., p. 607.

rigen indistintamente para el incumplimiento obligacional y el delictual porque de lo contrario quedaría disociado el artículo 506 (que imputa responsabilidad por dolo) del 521 (que determina la extensión de las consecuencias) ya que si sólo ampliara la responsabilidad del deudor que tiene intención de dañar se llegaría a la disvaliosa consecuencia de que sería lo mismo incumplir por negligencia que con ánimo concreto de no cumplir²²⁰.

4. En el régimen del código derogado las consecuencias prácticas de actuar con dolo se presentaban en el plano del agravamiento de la responsabilidad; por ejemplo se respondía por las consecuencias que el agente tuvo en miras al ejecutar el hecho (art. 905) y por las mediatas en el incumplimiento malicioso de la obligación preexistente (art. 521); no existía acción de regreso entre los responsables solidarios de delitos (art. 1082); no era procedente la indemnización de equidad (art. 1069); el dolo tornaba inaplicable la eximición de algunos supuestos de caso fortuito; verbigracia, el autor de un hurto (art. 1081) o el poseedor vicioso (art. 2436).

III.5) *El régimen actual*

1. La prueba del dolo incumbe a quien lo alega y son admisibles todos los medios de prueba (art. 1734); son inválidas las cláusulas que en caso de dolo del deudor lo liberan anticipadamente de responsabilidad total o parcial (art. 1743) pero es renunciable el efecto del dolo ya producido.

El actual artículo 1724 al equiparar el dolo extracontractual con el contractual pone el acento en la situación del acreedor insatisfecho²²¹. El dolo se configura ahora cuando el daño es producido "de manera intencional", mejorándose la referencia anterior al acto ilícito producido "a sabiendas y con intención de" (art. 1072, código derogado), y cuando se actúa con "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos", superándose la expresión de "inejecución maliciosa de la obligación" (art. 521, código derogado). La grave indiferencia o menosprecio por

²²⁰ ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales* cit., p. 196.

²²¹ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños* cit., t. I, p. 168.

los "intereses ajenos" se corresponde con el concepto de daño como lesión a intereses de otros (art. 1737) por lo que la intención presente en el dolo no requiere que se lesione un derecho sino cualquier interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. La diferencia radica en que en el régimen anterior el acto *ejecutado "a sabiendas" o "con intención de"* el sujeto quiere el resultado; en cambio, en el actual realizado *de manera intencional* el agente se representa el resultado necesario e igual actúa. De modo que el elemento subjetivo se amplía y simplifica: el dolo se configura aun si el agente no tiene intención de dañar. La expresión "de manera", según el diccionario, significa "el modo con que se ejecuta o acaece algo" y la "intención" consiste en "la determinación de la voluntad en orden a un fin". Por ello, existe dolo sin intención; se prevé el resultado que el agente se representa como posible e igualmente actúa. Es suficiente que ese resultado se haya previsto y buscado en base al conocimiento de todas las circunstancias que rodearon al acto, sin requerirse el ánimo de perjudicar²²². Prevalece la esfera intelectual o cognitiva (el conocimiento de las circunstancias del hecho y la previsión de su resultado) por sobre la esfera volitiva (la intención de dañar). El agente actúa pese a haberse representado el resultado ligado al efecto querido. El ladrón roba el auto no porque quiere dañar a la víctima sino para enriquecerse. El resultado está indisolublemente vinculado a otro resultado no querido pero afrontado voluntaria e igualmente por el sujeto²²³.

2. El dolo agrava la responsabilidad del deudor; por ejemplo en los contratos se responde por las consecuencias que no sólo las partes previeron al contratar sino también por las existentes al momento del incumplimiento (art. 1728); en caso de deudores solidarios las consecuencias propias del incumplimiento doloso de uno de los deudores solidarios no son soportadas por los otros (art. 838); si media dolo, no opera el consentimiento del damnificado como eximente (art. 1720) ni la atenuación de la responsabilidad por equidad (art. 1742); son

²²² PICASSO, Sebastián, cit. en comentario al art. 1072, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, p. 157.

²²³ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., p. 607.

inválidas las cláusulas de renuncia anticipada de responsabilidad por dolo (art. 1743); el incumplimiento intencional del deudor reviste el carácter de esencial a los fines de la resolución total o parcial del contrato (art. 1084, inc. d).

3. Se afirma que el fundamento del agravamiento de la responsabilidad del deudor en caso de dolo no radica sólo en la magnitud de los daños causados, ni resulta suficiente considerar que se debe castigar más severamente a quien tiene intención de dañar. El actual artículo 1725 refuerza la idea: el dolo agrava el elemento subjetivo del deudor que actúa en el ámbito de la previsibilidad de las consecuencias, lo que también tiene influencia en el análisis económico del Derecho²²⁴.

IV) Significado de la reforma

El nuevo texto aclara y describe los dos factores subjetivos de responsabilidad –la culpa y el dolo– y mantiene la norma originaria del Codificador sobre la culpa que había logrado adhesión unánime de la doctrina. En cambio, y con relación al dolo, suprime las categorías de dolo delictual y dolo obligacional, las que se unifican en función de querer el resultado previsible de la acción: sea por la intención de dañar o por desentenderse de ese resultado probable con relación a los intereses ajenos. Opera la previsión que actúa en los ámbitos de la causalidad, de la culpa y también de la intención dolosa.

Art. 1725 *Valoración de la conducta.* **Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.**

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

²²⁴ LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 250.

I) Resumen

Siguiendo las directivas de los artículos 902 y 909 del código derogado se sientan varios parámetros para valorar la conducta de la persona física o jurídica que causó daños injustificados, sean de origen contractual o extracontractual. La norma resalta la previsión, particularmente en el ámbito de la relación de causalidad, la confianza negocial (en sentido concordante con previsiones específicas en materia obligacional y contractual; v. gr., arts. 776 y 1251) y las condiciones especiales del agente si se tuvieron en cuenta al momento de celebrar el negocio jurídico. Por ello, en el ámbito obligacional a la exigencia de actuar como un “contratante cuidadoso y previsor y de buena fe” (arts. 9º, 729, 961) se le añade el “plus” derivado de la confianza en concreto (art. 1725).

II) Concordancias

Hecho jurídico (art. 257); acto voluntario (art. 260); buena fe (art. 961); cláusulas limitativas de la responsabilidad (art. 1292); responsabilidad por el equipaje (art. 1293); deber de prevención del daño (art. 1710); legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718, inc. b).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los supuestos comprendidos*

El artículo alude a un estándar de conducta general, un módulo de comportamiento medio y abstracto fundado en los principios de normalidad, buena fe, razonabilidad, apariencia y confianza. Ello se corresponde con la importancia que el Código asigna en el ejercicio de los derechos y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos negociados o paritarios a la “buena fe” (art. 9º); a la proscripción del ejercicio abusivo de los derechos (arts. 10, 11, 12, 14); a la libertad contractual con los “límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” (art. 10), y “la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres” (art. 958); a que “el deudor y acreedor deben

obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe” (art. 729), respetando “la intención común de las partes y al principio de buena fe” (arts. 9º, 991 y 1061); a la protección “de la confianza y la lealtad [...] siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto” (art. 1067), es decir resulta inaceptable que una persona adopte comportamientos contradictorios con sus propios actos anteriores generadores de expectativa y confianza, máxime si se contrató teniendo en cuenta “las cualidades” (del agente) para realizar la prestación “personalmente” (o sea *intuitu personæ*), lo que “se presume en los contratos que suponen una confianza especial” (arts. 776 y 1254); por ello resulta de importancia “la conducta de las partes, incluso la posterior a la celebración” (art. 1065, inc. a) y la precedente (arts. 990, 991, 992); debiendo estarse las circunstancias en las que se celebró el contrato, incluidas las negociaciones preliminares (art. 1065, inc. b), “los usos y prácticas del lugar de celebración” que sean conocidos (art. 964, inc. c), procurando siempre su conservación (art. 1066), atendiendo al “objeto del contrato” (art. 1066), su “naturaleza y finalidad” (art. 1065, inc. c) en el marco de la confidencialidad, cuando corresponda (art. 992).

La cuestión relativa a si las normas del código anterior (arts. 902 y 909) se referían a la culpa, a la relación de causalidad o a ambas, ha sido despejada porque el nuevo Código –como lo expresan los Fundamentos– alude a la apreciación de la previsibilidad de las consecuencias en el terreno de la causalidad jurídica y de la culpa. Anteriormente se acudía a los artículos 902 y 909, del código derogado, para captar conjuntamente a la relación causal y para individualizar la culpa²²⁵ y ahora se mantienen esas directivas: el artículo 1725 se aplica a la ponderación de la relación causal y de la culpa.

III.2) *Reglas interpretativas*

Las reglas vertebrales que sienta el artículo 1725 son las siguientes:

1º) Debe obrarse con prudencia y pleno conocimiento de las cosas evitando causar un daño injustificado (art. 1710), de acuerdo al com-

²²⁵ BUERES, Alberto J., *Derecho de Daños*, Hammurabi. Buenos Aires, 2001, p. 350.

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

portamiento medio y abstracto, lo que era previsible para un hombre normal, es decir "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 1726). Se trata del comportamiento "regularmente observado" (doctrina del art. 964), conforme a "los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada" (doctrina del art. 1256, inc. a).

2º) Empero cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, también es mayor la diligencia exigible al agente y la rigurosidad en la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725, 1º párr.). Según el *Diccionario*, la diligencia se refiere al "cuidado y actividad en ejecutar algo" y a "poner todos los medios para conseguir un fin". El texto del artículo sigue al artículo 902 del código derogado, reemplazando su última parte y precisando que la "diligencia", que "es" (en lugar de "será") exigible, corresponde con "la previsibilidad de las consecuencias". Se trata de los ejemplos clásicos de la mayor diligencia exigible al médico especialista que al no especialista pero dentro de la pericia normal u ordinaria dentro de los especialistas²²⁶.

3º) Cuando existe una confianza especial se deben tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes (art. 1725, 2º párr.).

4º) Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada (art. 1725, 3º párrafo, primera parte), sino el cartabón general de diligencia y previsibilidad ordinaria. O sea no está en mejor situación la víctima del torpe o del ignorante que la del sabio o fuerte. Empero cuando existe "una confianza especial entre las partes [...] se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente", tenida en miras al contratar (art. 1275, 3º párr., *in fine*). El texto actual recoge, en lo sustancial, el artículo 909 del código derogado sustituyendo la "estimación de los hechos voluntarios" por la valoración de la conducta. La regla se aplica no sólo a los contratos *intuitu personæ* sino

²²⁶ ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)* cit., ps. 118 y 135.

también a todos los que se celebran en función de una particular confianza (mandato, sociedad, locación de obra y de servicios)²²⁷.

Se advierte que la mayor previsibilidad se requiere cuando se contrata en base a la confianza hacia una persona, es decir —según el *Diccionario*— "en la persona que posee las cualidades recomendables para el fin a que se destina". Y se acentúa cuando (además de la confianza) se obra también en base a la condición (esto es al "estado" o "situación", también según el *Diccionario*) especial del sujeto contratante.

IV) Significado de la reforma

El artículo mantiene las directivas esenciales del código derogado de los artículos 902 y 909, las que se unifican, tanto al ámbito contractual como extracontractual, y resalta la incidencia de la confianza negociada y de las condiciones especiales de la parte tenidas en cuenta al celebrar los contratos negociados.

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

Art. 1727 *Tipos de consecuencias*. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias "mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

I) Resumen

Al igual que en el código derogado, el que ahora se comenta adopta el sistema de la causalidad adecuada a efectos de establecer dos ex-

²²⁷ CIFUENTES (dir.) y SAGARNA (coord.), *Código Civil comentado y anotado* cit., t. II, p. 71.

tremos de suma importancia: quién debe considerarse jurídicamente como el autor de un daño (autoría), y cuáles de las consecuencias del hecho dañoso deben ser reparadas (extensión del resarcimiento). También se mantiene la clasificación de las consecuencias que traía el código anterior –aunque se suprimen las casuales–, y se dispone, como regla, que se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

II) Concordancias

Deber de reparar (art. 1716); antijuridicidad (art. 1717); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); cosa suspendida o arrojada (art. 1760); autor anónimo (art. 1761).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La relación causal como elemento de la responsabilidad civil*

La “relación causal” entre un “hecho ilícito” (*lato sensu*, incluyendo el incumplimiento de una obligación) y el “daño” cuya reparación se persigue es un elemento o presupuesto indispensable de la responsabilidad civil, a punto tal que todas las descripciones de las distintas *fattispeci* que dan lugar a la obligación de reparar incluyen referencias causales (arts. 1716, 1717, 1749, 1750, 1751, 1752, 1753, 1754, 1755, 1756, 1757, 1758, 1759, 1760, 1761, 1762, etc.). En ese marco, la teoría de la relación de causalidad cumple una doble función: determinar la autoría (es decir, quién debe considerarse jurídicamente como el autor de un determinado daño) y establecer la extensión del resarcimiento (qué consecuencias debe reparar quien resulte responsable)²²⁸.

²²⁸ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. I, p. 590.

En puridad, el empleo del término “relación causal” se presta a equívocos, porque puede llevar a confusiones entre la causalidad “material” (es decir, tal como es entendida por las ciencias naturales) y la “jurídica”²²⁹. Normalmente, el Derecho no asigna el carácter de “causa” de un determinado efecto a hechos que según las leyes de la física no posean ya ese carácter, sino que se asienta sobre la causalidad material, y a partir de allí releva alguna o algunas de esas causas, y alguno o algunos de esos efectos (o todos ellos, en el caso extremo de la teoría “de la equivalencia de las condiciones”), a fin de asignarles determinadas consecuencias jurídicas. En otras palabras, la llamada “causalidad jurídica” es en realidad una relación de imputación, que tiene lugar únicamente luego de establecida la existencia de causalidad material²³⁰. Las teorías jurídicas acerca de la denominada “relación de causalidad” son reglas que permiten imputar determinados resultados a ciertos hechos desde un punto de vista conceptual, y en modo alguno determinan causalidades “reales”.

III.2) *La teoría de la causalidad adecuada*

Sentado ello, cabe señalar que el Código adopta la teoría de la “causalidad adecuada”, siguiendo en esto el sistema que implícitamente había adoptado Vélez Sársfield al redactar el código derogado, y que se había visto confirmado por la reforma efectuada al artículo 906 de ese código por la ley 17.711. El artículo 1726 dice ahora expresamente que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.

La teoría de la causalidad adecuada parte de la base de que sólo puede considerarse jurídicamente “causa” de un resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado. No basta, entonces, con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso,

²²⁹ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. I, ps. 584/585.

²³⁰ PREVOT, Juan M., *Imputación objetiva y responsabilidad civil*, en D. J. del 22-3-2006, p. 734.

además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho. Esta previsibilidad se mide en abstracto, teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó o pudo prever el agente (cuestión ésta conectada, en todo caso, con los factores subjetivos de atribución), sino lo que habría previsto un "hombre medio" (una persona de previsión normal)²³¹ puesto hipotéticamente en el momento del hecho²³². De modo que para establecer si un determinado hecho ha sido la causa adecuada de cierto resultado dañoso el intérprete debe efectuar un juicio de "prognosis póstuma", que consiste en preguntarse si un hombre medio puesto en el momento del hecho podría haber previsto que aquel hecho iba a generar ese resultado²³³. Así, el disparo de un arma de fuego es la causa adecuada de la muerte o las lesiones provocadas sobre una persona, porque la experiencia nos enseña que eso es lo que suele suceder en tales casos (se trata, si se quiere, de un juicio estadístico), pero en cambio no es causa adecuada de ese resultado el hecho de que los padres del autor lo hayan concebido, dado que el solo hecho de tener un hijo no permite prever que éste matará o lesionará a alguien en algún momento de su vida.

III.3) *Clasificación de las consecuencias*

Ya se ha señalado que además de determinar quién es el autor del daño (o, lo que es lo mismo, cuál es el hecho que lo causó), la teoría de la causalidad adecuada que adopta el Código permite establecer hasta qué consecuencias debe extenderse el resarcimiento. En otras palabras, las reglas sobre la relación de causalidad permiten ligar, por un lado, el hecho ilícito con un determinado resultado, que consiste en la lesión o afectación de cierto bien (daño-evento). Por otro lado, establecen un vínculo entre este segundo elemento (la lesión a un

²³¹ CIFUENTES (dir.) y SAGARNA (coord.), *Código Civil comentado y anotado* cit., t. II, p. 69.

²³² RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 490.

²³³ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. I, p. 613.

bien) y las consecuencias que derivan de él, que son, en puridad, las que deben ser objeto de reparación (daño-consecuencia)²³⁴.

Es que todo hecho genera, desde el punto de vista físico, un sinnúmero de consecuencias, pero no todas ellas son resarcibles para el Derecho. Así, para seguir con el ejemplo que se viene planteando, el disparo del arma de fuego hirió gravemente a la víctima, y la incapacitó parcialmente para el ejercicio de actividades económicamente apreciables. También generó la necesidad de realizar ciertos tratamientos médicos, con los gastos consiguientes. Asimismo, el lesionado tuvo un período de convalecencia durante el cual no pudo desarrollar su actividad laboral, lo que le produjo un lucro cesante. Naturalmente, tanto el dañado como sus familiares y amigos cercanos sufrieron como consecuencia de esa situación. Además, el hecho generó la necesidad de aplazar la fiesta de bodas de una de las hijas de la víctima, con la pérdida de diversas sumas que se habían gastado en la preparación de la ceremonia y el festejo. Finalmente, otro de los hijos del lesionado canceló —ante la necesidad de cuidar y acompañar a su padre— un viaje de estudios al exterior, que le habría permitido obtener un valioso título de posgrado y le habría dado la chance de ser contratado por una empresa importante. Todas esas consecuencias están causalmente conectadas con el hecho de disparar el arma desde el punto de vista físico, pero no todas ellas son jurídicamente imputables al responsable (ya sea éste el autor del daño o un tercero, como el principal, o los padres, tutores o curadores, etc.).

En otras palabras, sólo serán resarcibles las consecuencias que estén en relación causal adecuada con el hecho, es decir, las que un hombre medio habría podido prever —fundado en la experiencia de vida— en el momento en que se causó el daño. Desde esta óptica —y siempre siguiendo el ejemplo— son previsibles, verbigracia, los gastos médicos, pero no lo es la pérdida de la chance de que el hijo de la víctima trabajara en una empresa importante.

²³⁴ Sobre el punto vid. BUERES, Alberto J., *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, *Daños a la persona*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 237; BUSNELLI, Francesco D., *Il danno biologico: dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, Giappichelli, Torino, 2001, ps. 134 y ss.

Si bien ese parámetro resultaría suficiente para calibrar, en cada caso, por cuáles consecuencias se responde, los artículos en comentario han preferido mantener la tradicional clasificación de las consecuencias que el código derogado traía en sus artículos 901 y 903 a 906, cuya fuente original se encuentra en el *Landrecht* prusiano de 1794. Se lee en los Fundamentos del Código que esa clasificación ha sido aplicada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, y ha dado lugar a una consolidada interpretación que mantiene su utilidad aun en un sistema unificado de responsabilidad. Sin embargo, se evidencian dos diferencias importantes con el código anterior. Ante todo, los artículos 1726 y 1727 que se están considerando no hacen distinciones según que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, razón por la cual —con la importante excepción de lo que dispone el artículo 1728 para los contratos negociados— la extensión del resarcimiento es la misma en ambas órbitas. En segundo lugar, se ha eliminado la categoría de las consecuencias “remotas”, que la ley 17.711 había incorporado en el artículo 906 del código derogado, y cuya exacta caracterización y utilidad había dado lugar a prolongados debates doctrinales.

El artículo 1726 declara resarcibles las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, salvo disposición legal en contrario. *A contrario sensu*, las consecuencias casuales no pueden, en principio, ser puestas a cargo del responsable.

A su turno, el artículo 1727 define las distintas clases de consecuencias. Así:

- a) Las consecuencias inmediatas son definidas como aquellas “que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”. En realidad, esa circunstancia (que acostumbra a suceder, etc.) es común tanto a las consecuencias inmediatas como a las mediatas previsibles, en razón de que en ambos casos hay relación de causalidad adecuada. La característica propia de las inmediatas es que, además de ser previsibles en esos términos, resultan “directamente del acto mismo”²³⁵, sin

²³⁵ ORGAZ, Alfredo, *La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño*, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 931.

que entre éste y la consecuencia en cuestión medie ningún hecho distinto. En el ejemplo que se viene manejando, son consecuencia inmediata la incapacidad sobreviniente, los gastos médicos que debe realizar la víctima del disparo, y el daño moral sufrido por ella.

- b) Las consecuencias mediatas resultan solamente de la conexión del hecho originario con un acontecimiento distinto. Si este segundo acontecimiento es previsible, la consecuencia que resulta también lo es, y se imputa igualmente al responsable. En el ejemplo del disparo del arma de fuego, es una consecuencia mediata el lucro cesante sufrido durante la convalecencia de la víctima, pues resulta de la conjunción del hecho original (lesión causada por el disparo) con otro distinto (que el damnificado se desempeñaba en una actividad remunerada), pero igualmente previsible.
- c) Por último, el artículo 1727 establece que las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”. Aquí ya no hay relación causal adecuada, precisamente porque entre el hecho originario y el daño se interpone otro u otros hechos que no son previsibles de acuerdo al curso normal de los acontecimientos. Así, en el ejemplo aquí citado, los gastos derivados de la frustración de la boda de la hija de la víctima directa, o la pérdida del viaje de estudios al exterior del hijo, y de su chance de ser contratado por una empresa importante, son consecuencias casuales, porque derivan de la conexión del hecho originario con otros (que una hija de la víctima iba a casarse y había contratado diversos servicios, o que otro hijo tenía planeado hacer un importante viaje al exterior, con la posibilidad de obtener un diploma que derivara en una buena oferta de empleo) que no resultan previsibles a partir de aquél. Por ese motivo, estas consecuencias no son resarcibles.

IV) Significado de la reforma

En materia de relación causal, el Código sigue el sistema del código derogado tanto en lo que hace al empleo de la teoría de la

causalidad adecuada como en lo que respecta a la clasificación de las consecuencias resarcibles.

Hay, sin embargo, tres importantes modificaciones respecto del sistema anterior. En primer término, se elimina la categoría de las consecuencias "remotas", de nula utilidad y que había suscitado desencuentros doctrinales. En segundo lugar, se unifica el régimen de las consecuencias resarcibles, pues tanto en materia contractual como aquiliana el responsable debe reparar las consecuencias inmediatas y las mediatas. Finalmente, en el artículo 1728 se sienta una regla distinta para medir la extensión del resarcimiento en los contratos que han sido objeto de una negociación entre las partes.

Art. 1728 Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

D) Resumen

La regla según la cual entre el hecho y el daño debe haber una relación causal adecuada sufre una excepción cuando se está ante un contrato negociado. En tales casos, el respeto de la voluntad de las partes se traduce en una regla distinta: el deudor responde por las consecuencias que los contratantes previeron o pudieron prever al momento de la celebración del contrato. A diferencia de la causalidad adecuada, se trata de un criterio subjetivo (lo que previeron las partes, y no un hombre medio) y que tiene en cuenta el momento de la celebración del contrato (y no el del incumplimiento), aunque esta última distinción queda sin efecto en caso de incumplimiento doloso.

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958); buena fe (art. 961); carácter de las normas legales (art. 962); intención común (art. 1061); reparación del daño (art. 1082); contrato de consumo (art. 1093); pérdida de cosas

de valor en el transporte (art. 1294); factores subjetivos (art. 1724); relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de la relación de causalidad (art. 1736). Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la ley 22.765 (art. 74).

III) Interpretación de la norma²³⁶

El artículo que se comenta sienta una regla de larga data, cuyo origen se remonta a dos textos de Paulo²³⁷ y que fue luego desarrollado durante la Edad Media y el antiguo Derecho francés²³⁸. Pothier efectuó un aporte definitivo en la materia²³⁹, que se vería luego reflejado en el artículo 1150 del Código Civil francés y, por influencia de éste, en la mayoría de sus émulos europeos y americanos, e incluso en el Derecho anglosajón²⁴⁰. También era éste el sistema original de los artículos 520 y 521 del código derogado, que, sin embargo, se referían al incumplimiento de cualquier clase de obligaciones (no únicamente las contractuales) y fueron luego reinterpretados como estableciendo la regla de la causalidad adecuada²⁴¹. Como se señala en los Fundamentos

²³⁶ Para el enfoque que ha seguido la Comisión de Reformas sobre la previsibilidad véase: LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, ps. 636 y ss.; CUETO RÚA, J., *La imprevisibilidad del daño contractual (la regla "Hadley vs. Baxendale")*, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, vol. 1, ps. 34-63, 19.

²³⁷ *Digesto*, 19, 1, 43, y *Digesto*, 19, 1, 21, 3, respectivamente. Vid. sobre el punto PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fasc. III, Madrid, julio-septiembre de 1991, p. 1073.

²³⁸ LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...* cit., ps. 195/196, en esp. nota 545.

²³⁹ POTHIER, Robert J., *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier*, Didot, Paris, 1821, t. I, ps. 181 y ss.

²⁴⁰ Vid. el completo panorama que al respecto traza PANTALEÓN PRIETO, *El sistema...* cit., ps. 1079/1085.

²⁴¹ PICASSO, Sebastián, *Unidad de la responsabilidad civil y extensión del resarcimiento. A propósito del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, en AA. VV.,

del Código, la regla aparece también en diversos textos internacionales, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (ratificada por la Argentina mediante la ley 22.765), y los Principios de Unidroit.

Para establecer la extensión del resarcimiento, los artículos 1726 y 1727 acuden al sistema de la causalidad adecuada, en cuya virtud el responsable debe reparar las consecuencias que, en función de las reglas de la experiencia, habrían resultado previsibles para un hombre medio puesto en el momento del hecho. Sin embargo, cuando se trata de contratos negociados entre las partes, esa regla cede su lugar a la que establece el artículo que ahora se comenta, que toma en cuenta las consecuencias que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato. Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay importantes diferencias: si bien ambas se fundan en lo que resultaba previsible, la primera toma como parámetro al “hombre medio” (apreciación en abstracto), mientras que la segunda indaga lo que en el caso concreto previeron o pudieron prever las partes que celebraron el contrato (apreciación en concreto). Asimismo, la causalidad adecuada pone al intérprete –a efectos de establecer si cierta consecuencia era o no previsible– en el momento del hecho generador de responsabilidad, mientras que la norma en comentario toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el contrato (y no el del incumplimiento)²⁴².

La razón de ser de esta regla especial se encuentra en el respeto del esquema de riesgos y beneficios que los contratantes reflejaron en su acuerdo, que se vería desvirtuado si se aplicara derechamente el criterio de la causalidad adecuada. Como lo señala Lorenzetti, las soluciones que reclama el campo contractual se diferencian en este punto de la tutela aquiliana: “La obligación preexistente es un programa de prestación, con un régimen de incentivos, de reparto de

Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, t. III, ps. 1399 y ss.

²⁴² En ese sentido: PANTALEÓN PRIETO, *El sistema...* cit., p. 1031; PICASSO, *La singularidad...* cit., p. 233.

riesgos, que sería alterado si luego no se respetara, lo cual disminuiría la cantidad de acuerdos que se celebren”²⁴³.

Al respecto, explica Pantaleón Prieto que la decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, y que uno de los costes a tener en cuenta es el relativo al riesgo de que se produzca una serie de daños como consecuencia de su eventual incumplimiento. Por ello –añade– no tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder por aquellos resultados dañosos que ni contempló como posibles al momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. Si el contratante incumplidor hubiera contemplado ese riesgo, habría exigido un precio superior, en la medida del coste que para él representa administrar dicho riesgo, ya sea previniéndolo, asegurándolo o soportándolo. O bien, habría incluido una cláusula exonerándose expresamente de los resultados dañosos en cuestión. Por otro lado, el contratante cumplidor tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de coste-beneficio que fundó su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de que dichos resultados se produjeran. Y si así lo quería, entonces debía proporcionar al otro contratante la oportuna información acerca de la posibilidad de que se verificaran esas consecuencias, y aceptar el mayor precio que él le habría exigido en ese caso²⁴⁴.

Un ejemplo de Pothier ayuda a ilustrar la solución del artículo. El vendedor de un caballo no lo entrega en el plazo convenido, y como consecuencia de ello el comprador, que es un canónigo, no puede llegar a tiempo al lugar de su beneficio “para ganar sus grandes frutos”. Sin embargo, ese daño (la pérdida de las rentas) no podrá ser puesto a cargo del vendedor, pues se trata de un perjuicio “que es extraño a lo que hace el objeto de mi obligación, que no fue previsto al tiempo

²⁴³ LORENZETTI, Ricardo L., *Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad*, en J. A. del 25-4-2001, p. 56.

²⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO, *El sistema...* cit., p. 1029.

del contrato, y a cuya reparación no puede decirse que me haya sometido al contratar²⁴⁵. La excepción a esta limitación se daría en aquellos casos en que los eventuales daños hayan sido previstos expresa o tácitamente al contratar, como ocurriría si, en el caso del canónigo, hubiera una cláusula por la cual el deudor se obligaba a entregarle el animal en cierto plazo para que pudiera llegar al lugar de su beneficio a tiempo para recoger sus frutos²⁴⁶.

Precisamente porque la regla bajo estudio presupone que las partes han podido negociar los términos del contrato, y prever de común acuerdo un esquema de riesgos y beneficios, los Fundamentos del Código aclaran que ella no resulta aplicable a los contratos de consumo. En este último caso, la extensión del resarcimiento se regirá, entonces, por las reglas generales (arts. 1726 y 1727).

Tampoco se aplica la regla si media dolo del deudor, para lo cual, de acuerdo a los amplios términos en los que se define ese factor de atribución en el artículo 1724, basta con el incumplimiento deliberado ("con manifiesta indiferencia"), sin que sea necesaria la prueba de la intención de dañar al acreedor.

IV) Significado de la reforma

La solución que prevé el artículo en comentario se acerca al sentido original del artículo 520 del código derogado, que había sido oscurecido por la interpretación posterior. Ahora se rescata la regla de la previsibilidad contractual, pero se aclara que rige únicamente para el incumplimiento de los contratos, y no para el de cualquier otra clase de obligaciones. También se reincorpora la excepción según la cual aquella regla no rige si hay dolo del deudor, que Vélez Sársfield había plasmado confusamente en el artículo 521 del código derogado, pero que había sido borrada por la reforma de la ley 17.711.

Art. 1729 *Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la*

²⁴⁵ POTHIER, *Traité...* cit., p. 182.

²⁴⁶ POTHIER, *ob. cit.*, p. 183.

producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

I) Resumen

El nexos causal entre el hecho ilícito –o el incumplimiento contractual– y el daño puede ser excluido total o parcialmente por la existencia de un hecho del damnificado que tenga aptitud causal para producir el resultado, o al menos para incidir en él. En principio, no es necesario que este hecho sea culpable, razón por la cual el artículo también se aplica al hecho de las personas sin discernimiento.

II) Concordancias

Culpa del cargador o de un tercero (art. 1316); asunción de riesgos (art. 1719); relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); previsibilidad contractual (art. 1728); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de la relación de causalidad (art. 1736). Ley 17.418 (art. 70). Ley 24.449 (art. 64). Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, aprobada por la ley 17.048 (art. 4°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La fractura del nexos causal*

La relación de causalidad entre el hecho ilícito –o el incumplimiento contractual– y el daño cuya reparación se pretende es un elemento o presupuesto indispensable de la responsabilidad civil (arts. 1726, 1727 y 1728). Sin embargo, ella puede ser excluida total o parcialmente por ciertas circunstancias, que se agrupan bajo la denominación de "causa ajena", y son el hecho de la víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor, y el hecho de un tercero por quien no se deba responder. En tales casos, aparece un hecho que se constituye en la verdadera causa –o concausa– adecuada del daño, y que, en consecuencia, impide que

se pueda atribuir el resultado dañoso al agente²⁴⁷, o bien —si se trata de una concausa— concurre con el hecho de éste, con distintos efectos según los casos.

El artículo en comentario trata acerca de la primera de esas exigencias.

III.2) *El hecho de la víctima*

Puede ocurrir que el propio damnificado haya contribuido causalmente a la producción del daño que sufre: el peatón que cruza la calle con el semáforo en rojo, el paciente que no sigue las prescripciones médicas, o abandona el tratamiento, el consumidor que emplea un producto sin respetar las indicaciones de seguridad que le había transmitido el proveedor, etcétera. En todos estos casos, existe un aporte causal de la víctima que o bien destruye la relación causal entre el hecho del sindicado como responsable y el daño —con lo que exime a aquél de responsabilidad—, o bien concurre con aquél y actúa como concausa del perjuicio, lo que justifica la reducción de la indemnización en la medida de la incidencia causal del hecho del damnificado.

Para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente, y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del artículo 1730 (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior —art. 1733, inc. e—)²⁴⁸. Eso es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable y el daño; de ahí que el artículo 1730, que lo regula, disponga que el *casus* “exime de responsabilidad”, sin hacer alusión a que ello puede ocurrir total o parcialmente. La misma solución se extrae de la aplicación analógica del artículo 1731, que afirma expresamente que el hecho de un tercero por quien no se debe responder sólo exonera al responsable si reúne los caracteres del caso fortuito. Cabe hacer una excepción a este principio en aquellos casos

²⁴⁷ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. I, p. 832.

²⁴⁸ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. I, p. 882; CIFUENTES y SAGARNA, *Código Civil...* cit., t. II, p. 518; CSJN, *Fallos*: 321:3519, entre muchos otros.

en los que la víctima ha buscado intencionalmente el daño; en esos supuestos, el “dolo” del dañado absorbe la total eficacia causal y desplaza al hecho del responsable²⁴⁹.

Si el hecho de la víctima no reúne los caracteres del *casus*, se constituye en una concausa adecuada del daño, y justifica la reducción de la indemnización en función de la incidencia causal del hecho del damnificado.

El Código señala expresamente que para que opere la interrupción total o parcial del nexo de causalidad basta —en principio— con el simple hecho de la víctima, sin que sea necesario que ese hecho sea culpable. Se pone fin así a un debate que se había suscitado a la luz de disposiciones del código civil y el código de comercio derogados (arts. 1113 y 184, respectivamente) que hacían referencia a la “culpa” de la víctima. No es, pues, la gravedad de su culpa, sino la operatividad causal de su conducta la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros, lo cual se justifica por cuanto en el terreno de la relación causal se trata de sopesar relaciones puramente materiales entre causas y efectos²⁵⁰. En consecuencia, el hecho de una persona sin discernimiento —en los términos del artículo 261 del Código— tiene la misma aptitud causal que el de quien obra un acto voluntario.

Sin embargo, el artículo en comentario deja a salvo los casos en los que la ley o el contrato disponen que debe mediar culpa o dolo de la víctima. Esto se verifica, en general, cuando se trata de damnificados en situación de vulnerabilidad, pues en tales casos la exigencia de una culpa calificada del dañado opera como una forma de aumentar su protección²⁵¹. Así, el artículo 64 *in fine* de la Ley Nacional de Tránsito (24.449) dispone: “El peatón goza del beneficio de la duda

²⁴⁹ CIFUENTES y SAGARNA, *Código Civil...* cit., t. II, p. 518.

²⁵⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 281; GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 165; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños. Elementos*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 232; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, en *Seguros y responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 70.

²⁵¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., p. 282; ALTERINI, Atilio A., *Incidencia del mero “hecho” en la ruptura de la relación causal*, en *La responsabilidad*, obra en homenaje al Prof. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 394 y ss.

y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito”, lo que se traduce, en la práctica, en la exigencia de una culpa grave del peatón para que su conducta tenga virtualidad exoneratoria²⁵². Asimismo, el artículo 70 de la ley 17.418 prevé la liberación del asegurador si “el tomador o el beneficiario provocó el siniestro dolosamente o por culpa grave”. Por otra parte, en materia de daños al consumidor la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”²⁵³, lo que equivale a exigir una culpa grave del consumidor o usuario para que ella pueda tener relevancia causal²⁵⁴.

IV) Significado de la reforma

La norma mantiene la solución plasmada en los artículos 1111, 1113 y concordantes del código derogado, pero precisa un aspecto que hasta ahora era debatido. En ese sentido, dispone que para interrumpir total o parcialmente el nexo causal no es preciso que exista un accionar culpable de la víctima, sino que basta con el simple hecho del damnificado, culpable o no.

Art. 1730 *Caso fortuito. Fuerza mayor.* Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

²⁵² CNCiv., sala B, 12-8-2004, “Sosa, Patricia S. c/Di Como, Rodolfo J. y otros”, L. L. 2005-A-588; íd., 5-12-2001, “Cillis de López, María T. c/Ocampo, Carlos F.”, J. A. 2002-II-355; íd., 25-10-99, “Farrajota, Emilia J. M. y otro c/Transportes El Puente SA y otro”, L. L. Online; sala D, 31-8-2000, “Gómez, Evaristo E. c/Oliveira, Norberto”, L. L. 2001-A-611; CNCom., sala A, 8-6-2000, “López, Sara L. c/Erhart, Rodolfo D.”, L. L. Online.

²⁵³ CSJN, Fallos: 331:819, 333:203.

²⁵⁴ PICASSO, Sebastián, *La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema*, en L. L. del 2-6-2008, p. 4.

Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.

I) Resumen

El caso fortuito o de fuerza mayor (términos éstos que el Código emplea como sinónimos) se presenta como un acontecimiento imprevisible o inevitable, exterior –en su caso– al riesgo de la cosa o la actividad, y que no tiene por antecedente una culpa del damnificado. El caso fortuito produce un quiebre total de la relación causal entre el hecho del agente y el daño, y por esa razón libera totalmente de responsabilidad.

II) Concordancias

Período anterior a la individualización (art. 763); incumplimiento de las obligaciones con cláusula penal (art. 792); obligación del locador de conservar la cosa (art. 1201); frustración del uso o goce de la cosa (art. 1203); obligación del locatario de conservar la cosa en buen estado (art. 1206); riesgos de la contratación de una obra o servicio (art. 1258); destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega (art. 1268); obra en ruina o impropia para su destino (art. 1273); pérdida total o parcial del flete por retraso (art. 1285); eximentes de responsabilidad del hotelero (art. 1371); responsabilidad de los propietarios de casas de depósito (art. 1376); responsabilidad del prestador de una caja de seguridad (art. 1413); obligaciones del comodatario (art. 1536); relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho de la víctima (art. 1729); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 1767); responsabilidad del gestor por caso fortuito (art. 1787); obstáculo al curso de las aguas (art. 1975); mejoras a cargo del usufructuario (art. 2146); evicción de los bienes adjudicados (art. 2404); cancelación o destrucción del testamento ológrafo (art. 2515); caducidad del legado por perecimiento y por transformación de la

cosa (art. 2519). Ley 25.675 (art. 29). Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, aprobada por la ley 17.048 (art. 4º).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El caso fortuito o fuerza mayor. Caracterización*

Al igual que lo hacían los artículos 513 y 514 del código derogado, el que ahora se comenta emplea como sinónimos los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”, con lo cual, en el Derecho argentino, ambos producen los mismos efectos, más allá de las distinciones doctrinales que a veces se ensayan en el sentido de que uno provendría de la naturaleza y el otro de un hecho del hombre, o bien que uno sería imprevisible, y el otro, inevitable. En ambos casos se está haciendo referencia a la misma cosa: el caso fortuito o fuerza mayor es un hecho que, por resultar imprevisible o inevitable, fractura totalmente la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima. En tanto se reúnan esos caracteres, poco importa que se trate de un hecho natural (terremotos, maremotos, etc.) o de acciones humanas ajenas al demandado y que éste no puede impedir (hechos del príncipe –de la autoridad pública–, acciones violentas de terceros, el hecho de la propia víctima, etc.). En adelante emplearemos, entonces, los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” de manera indistinta para hacer referencia a esta eximente.

De acuerdo a la normativa del Código, el caso fortuito tiene los siguientes caracteres:

III.1.A) *Imprevisibilidad*

La noción debe asociarse con la teoría de la causalidad adecuada adoptada por los artículos 1726 y 1727. Se ha dicho al comentar esas normas que para evaluar la existencia de un vínculo causal adecuado entre un hecho y un resultado es preciso indagar si este último era previsible objetivamente para un hombre medio que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso. Pues bien, en la caracterización del caso fortuito reaparece esta nota relacionada con la previ-

sibilidad: el caso fortuito es un hecho que no habría podido ser previsto en los términos que se acaban de mencionar, y es precisamente por eso que rompe el nexo causal adecuado entre el hecho del agente y el daño.

III.1.B) *Inevitabilidad*

Se trata del carácter más importante de esta eximente, dado que, en puridad, también la imprevisibilidad desemboca en él: un hecho que no ha podido preverse tampoco ha podido, lógicamente, evitarse²⁵⁵. E incluso si aquél hubiera sido previsto, constituirá un caso fortuito si pese a ello no ha podido ser evitado (v. gr., un terremoto puede haber sido pronosticado, pero su acaecimiento es imposible de evitar).

Es preciso, entonces, que el hecho constituya un obstáculo invencible, que el agente no puede vencer o superar.

III.1.C) *Ajenidad*

Finalmente, sólo hay estrictamente caso fortuito cuando el agente no ha colocado ningún antecedente idóneo (por acción o por omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente²⁵⁶. Eso implica tanto que el daño no debe haber sido facilitado por la culpa del responsable (como en el ejemplo clásico del animal que es dejado abandonado en un campo bajo, y muere a causa de una inundación extraordinaria)²⁵⁷ como que el supuesto caso fortuito no debe constituir una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad (caso del automóvil que a causa de un defecto de diseño presenta dificultades en el frenado, por lo que embiste a un peatón). Ambos supuestos están previstos en el artículo 1733, incisos d, y e.

III.2) *Caso fortuito y ausencia de culpa: diferencias*

Es preciso distinguir cuidadosamente el caso fortuito y la ausencia de culpa. El agente no es culpable si una persona diligente, puesta en las mismas circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, habría

²⁵⁵ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 268.

²⁵⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 304.

²⁵⁷ BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, p. 269.

actuado del mismo modo que él (parámetro del art. 1724). En cambio, el caso fortuito requiere más que la falta de culpa: no basta con la prueba de la diligencia, o de haber adoptado precauciones razonables, sino que es preciso demostrar que el daño no habría podido ser evitado ni siquiera si se hubiera desplegado una diligencia superlativa, muy superior a la del hombre normalmente cuidadoso. El caso fortuito exige imposibilidad: ni el responsable, ni nadie en su lugar deben haber estado en condiciones de impedir el daño²⁵⁸. Por otra parte, la prueba de la falta de culpa importa la de la propia diligencia, y, como tal, recae sobre la conducta del agente; contrariamente, demostrar un *casus* implica producir una prueba sobre un hecho externo a la conducta de aquél, que por ser imprevisible o inevitable se constituye en la verdadera causa del perjuicio²⁵⁹.

III.3) Efectos del caso fortuito

Se ha discutido en la doctrina si el caso fortuito tiene siempre por efecto exonerar totalmente al sindicado como responsable o bien si, por el contrario, aquél podría coexistir con la culpa de este último, lo que llevaría a atenuar la responsabilidad, mas no a excluirla totalmente (teoría denominada de la “causalidad parcial”). El debate ha sido particularmente intenso en la doctrina francesa, pero la Corte de Casación se ha inclinado finalmente por la primera de las posiciones reseñadas: el caso fortuito, en la medida en que reúna los caracteres que se han señalado en el apartado anterior, excluye totalmente la responsabilidad. Si, en cambio, él coexiste con una culpa del demandado, entonces éste debe responder por la totalidad del daño causado a la víctima²⁶⁰.

El Código se ha inclinado por esta última solución, lo que resulta claramente de la letra del artículo en comentario, en tanto dispone que el caso fortuito exime de responsabilidad, salvo disposición legal en contrario. No se hace aquí alusión a la posibilidad de que quepa

una limitación de la responsabilidad, como sí se lo dice expresamente al tratar el hecho del damnificado (art. 1729). La solución se justifica por cuanto, como dicen Le Tourneau y Cadiet, fuerza mayor y responsabilidad son dos términos antinómicos e irreconciliables: o el daño deriva de la culpa de alguien, y entonces no hay ninguna fuerza mayor, o bien el daño es causado por el caso fortuito, y entonces no podría encontrarse ninguna culpa causalmente relevante. Toda solución intermedia que opere un reparto de responsabilidad sería errónea y ofendería gravemente a la lógica, pues la imposibilidad nunca es susceptible de más o de menos²⁶¹. Por lo demás, ya se ha visto que el Código exige que el caso fortuito sea exterior, es decir que no concorra con una culpa del demandado ni constituya una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad (art. 1733, incs. d, y e). Si se presenta alguna de estas últimas situaciones, entonces no hay propiamente caso fortuito, y el sindicado como responsable responde por el total del daño causado a la víctima.

En resumen, el caso fortuito obsta la imputación causal del resultado al demandado, y por lo tanto no surge responsabilidad alguna a su cargo²⁶². Si bien ésa es la regla general, cabe hacer excepción de algunas situaciones especiales. Ante todo, es posible asumir contractualmente la fuerza mayor (art. 1733, inc. a). Pero más allá de ello, a veces la ley dispone que no libera el caso fortuito “ordinario”, y exige eximentes calificadas. Tal es lo que sucede, verbigracia, con el artículo 1371, que para eximir al hotelero requiere que el daño haya sido causado por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera, o con el artículo 1273, a cuyo tenor en la responsabilidad del constructor por ruina de la obra no es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los ma-

²⁶¹ LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loïc, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, Paris, 1996, p. 260. En el mismo sentido: DURRY, Georges, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1969, p. 339; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Les conditions de la responsabilité*, en GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1998, p. 261; ORGAZ, *La culpa* cit., 1970, p. 265; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado... cit.*, t. II, p. 849. *Contra*: LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1977, t. III, p. 751.

²⁶² ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 306.

²⁵⁸ MAZEAUD, Henri y LÉON y TUNC, André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ejea, Buenos Aires, 1962, t. I, vol. II, p. 326.

²⁵⁹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría... cit.*, p. 303.

²⁶⁰ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y STÖFFEL-MUNCK, Philippe, *Les obligations*, Defrénois, Paris, 2003, p. 46.

teriales, aunque no sean provistos por el contratista. En el caso del daño ambiental colectivo, la ley 25.675 establece que la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 29). Asimismo, la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (aprobada por la ley 17.048) únicamente releva el hecho del damnificado si media culpa grave o dolo, y hace responsable al explotador por los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a una catástrofe natural de carácter excepcional (art. 4º). Estas y otras situaciones están contempladas genéricamente en el artículo en comentario cuando se dispone que el caso fortuito exime de responsabilidad "excepto disposición en contrario", así como en el artículo 1733, inciso b.

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene la caracterización del caso fortuito –o la fuerza mayor– que traía el artículo 514 del código derogado. Sin embargo la mención en el sentido de que el caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario, viene a poner fin a un debate doctrinal, aclarando que si media fuerza mayor, la exoneración es total y no puede hablarse de la concurrencia entre aquélla y el hecho del responsable, o el de la propia víctima.

Art. 1731 *Hecho de un tercero.* Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.

D) Resumen

El hecho de un tercero por quien no se debe responder únicamente exime de responsabilidad cuando reúne los caracteres de la fuerza mayor. En caso contrario, el tercero responde juntamente con el resto de los obligados a reparar, solidaria o concurrentemente, según los

casos. Ello, sin perjuicio de las acciones de contribución o de regreso que eventualmente puedan ejercerse una vez pagada la indemnización.

II) Concordancias

Obligación del locador de conservar la cosa (art. 1201); culpa del cargador o de un tercero (art. 1316); relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho de la víctima (art. 1729); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); pluralidad de responsables (art. 1751); prueba de la relación de causalidad (art. 1736). Ley 24.051 (art. 47). Ley 25.675 (art. 29).

III) Interpretación de la norma

La eximente en estudio se configura con el hecho de un tercero extraño, no dependiente o subordinado del sindicado como responsable, que con su intervención hace imposible la ejecución o provoca el daño, en forma exclusiva o excluyente²⁶³.

El Código es muy claro al disponer que el hecho del tercero únicamente libera de responsabilidad si reúne los caracteres del caso fortuito, es decir, si es imprevisible o inevitable para el sindicado como responsable, además de exterior a él, al riesgo de la cosa de la que es dueño o guardián, o a la actividad que explota. En tal caso, el efecto es la exoneración total de responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1730.

En caso contrario, es decir, si el hecho del tercero concurre causalmente con el del demandado, ambos responderán por el total de la indemnización frente a la víctima, sin perjuicio de las acciones de regreso –o de contribución– que correspondan²⁶⁴. Ésa es la solución que resulta del artículo 1751, que establece la responsabilidad conjunta

²⁶³ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. II, p. 870.

²⁶⁴ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, ob. y lug. cit.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, ps. 298/299; CSJN, *Fallos*: 313:1184; 317:1139, etc.

de todas las personas que participan de la producción de un daño, ya se trate de coautores (solidaridad) o de responsables concurrentes.

Es en ese marco que debe interpretarse la referencia que hace el artículo 1731 a la posibilidad de que el hecho del tercero exima “total o parcialmente”. Como se acaba de ver, en puridad el hecho del tercero nunca puede eximir parcialmente de responsabilidad, pues si reúne los requisitos del *casus*, desplaza la autoría del agente y exime totalmente de responsabilidad, y en caso contrario no exime, y el tercero responde por el total de la indemnización junto a los restantes demandados, ya sea como codeudor solidario o concurrente. La referencia que hace el artículo a la eximición parcial queda entonces confinada al ámbito de las relaciones internas entre los corresponsables, una vez pagada la indemnización a la víctima²⁶⁵. En tal caso, según que se apliquen las normas sobre las obligaciones solidarias (cuando el daño tiene una causa única) o concurrentes (causas distintas), el responsable que pagó la reparación contará con una acción de contribución contra el o los terceros (también responsables, según queda dicho), según la participación que cada uno tiene en la deuda (art. 840), o bien deberá fundar su reclamo en las relaciones causales que originan la concurrencia (art. 851, inc. h).

IV) Significado de la reforma

Si bien el hecho de un tercero por quien no se debe responder se hallaba ya mencionado como eximente por el código derogado (art. 1113), el nuevo Código –además de emplazarlo sistemáticamente al tratar acerca de la relación causal– aclara que aquél únicamente libera al sindicado como responsable si reúne los caracteres del caso fortuito. Con esto se refleja la postura doctrinal mayoritaria, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Art. 1732 Imposibilidad de cumplimiento. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la

²⁶⁵ TRÍPOLI, Pablo y SILVA, Rodrigo G., *Nociones básicas sobre la relación de causalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en J. A. del 26-12-2012, p. 41.

obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

I) Resumen

En la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones, el caso fortuito exonera al deudor en la medida en que cause una imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable al obligado. El simple hecho de que el cumplimiento se haya tornado más dificultoso u oneroso no importa la existencia de esa imposibilidad, sin perjuicio de que pueda dar lugar a la articulación de otros remedios.

II) Concordancias

Riesgos de la cosa (art. 755); obligación alternativa regular (art. 781); obligación alternativa irregular (art. 782); extinción de la obligación facultativa (art. 787); extinción de la obligación principal (art. 802); responsabilidad de los codeudores solidarios (art. 838); imposibilidad de cumplimiento (art. 955); imposibilidad temporaria (art. 956); disposiciones generales para la extinción del contrato por declaración de una de las partes (art. 1078); presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita (art. 1088); imposibilidad de devolución (art. 1114); riesgos de daños o pérdida de las cosas (art. 1151); frustración del uso o goce de la cosa (art. 1203); obligación del locatario de conservar la cosa en buen estado (art. 1206); riesgos de la contratación de una obra o servicio (art. 1258); muerte del comitente (art. 1259); imposibilidad de ejecución de una obra (art. 1267); destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega (art. 1268); obra en ruina o impropia para su destino (art. 1273); pérdida total o parcial del flete por retraso (art. 1285); pérdida de la cosa depositada (art. 1364); responsabilidad de los propietarios de casas de depósito (art. 1376); responsabilidad del prestador de una caja de seguridad (art. 1413); imposibilidad de restituir títulos (art. 1420); imposibilidad de cobro del derecho de crédito cedido (art. 1427); obligaciones del

comodatario (art. 1536); responsabilidad del donatario por los cargos (art. 1563); incumplimiento de los cargos (art. 1570); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); efectos de la extinción del usufructo (art. 2153); pericimimiento sin culpa (art. 2393); pericimimiento de lo donado (art. 2455); responsabilidad de los herederos (art. 2517).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La imposibilidad de cumplimiento*

El fundamento de la responsabilidad “contractual” (*rectius*: derivada del incumplimiento de obligaciones) es el incumplimiento: en tanto exista una obligación incumplida, el deudor debe responder por los daños que el acreedor sufra como consecuencia de esa inexecución (arts. 1716 y 1749). Sin embargo, aun mediando incumplimiento, el deudor podría demostrar que el cumplimiento de la obligación ha devenido imposible como consecuencia de un hecho sobreviniente a la constitución del vínculo, sin culpa suya. Se trata de la llamada “imposibilidad sobrevinida de la prestación”, que –si reúne los caracteres que más adelante se analizarán– produce un doble efecto: extingue la obligación (art. 955) y consecuentemente, al no subsistir una obligación incumplida, libera al deudor de responsabilidad (art. 1732).

La imposibilidad de cumplimiento es una consecuencia del caso fortuito, aunque a los efectos de la exoneración del deudor ambos conforman, en materia obligacional, un todo inescindible²⁶⁶. Piénsese,

²⁶⁶ PICASSO, *La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevinida de la prestación* cit., p. 125; MAYO, Jorge A., *La imposibilidad de cumplimiento objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 17, *Responsabilidad contractual – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 44; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 713; LAFAILLE, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 459; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed. act. por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, t. III,

verbigracia, en un terremoto (caso fortuito) que destruye la cosa que debía ser entregada al acreedor, y con ello impide el cumplimiento de la obligación (imposibilidad). De hecho, el artículo 955 aclara expresamente que, para extinguir el vínculo, la imposibilidad debe ser causada por caso fortuito o fuerza mayor.

Tanto en el artículo 955 como en el que ahora se comenta, el Código requiere que, para producir su efecto liberatorio, la imposibilidad cuente con ciertos caracteres. Ella debe ser:

III.1.A) *Sobrevenida*

La imposibilidad debe haber acaecido con posterioridad al nacimiento del vínculo obligatorio, pues si fuera concomitante a él la obligación sería nula por imposibilidad de su objeto (art. 725)²⁶⁷.

III.1.B) *Objetiva*

La imposibilidad es objetiva cuando está constituida por un impedimento inherente a la prestación en sí y por sí considerada, y es subjetiva, en cambio, cuando se relaciona con las condiciones personales o patrimoniales propias del deudor, en la medida en que ellas no se conecten de manera inmediata con la prestación en sí y por sí considerada²⁶⁸. Así, la insolvencia del deudor, como también los impedimentos derivados de la organización económica del obligado o su insuficiente capacidad técnica, constituyen típicos supuestos de imposibilidad subjetiva²⁶⁹, mientras que, verbigracia, el caso del pintor

p. 378; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 289; MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., *Responsabilidad contractual*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 239.

²⁶⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1988, t. I, vol. II, p. 355; LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...* cit., p. 168.

²⁶⁸ OSTI, Giuseppe, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, ps. 288/289; BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* cit., p. 113; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 311.

²⁶⁹ GAMARRA, Jorge, *Responsabilidad contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, t. II, p. 113.

que pierde la vista en un accidente se subsumiría dentro del concepto de imposibilidad objetiva, pues, en este último caso, las condiciones personales del deudor se relacionan directamente con la prestación en sí y por sí considerada²⁷⁰.

III.1.C) Absoluta

Esta categoría se contrapone a la de la imposibilidad "relativa". En el primer caso (imposibilidad absoluta), la prestación no puede ser cumplida en modo alguno (el impedimento "no puede ser vencido por las fuerzas humanas", dice Osti)²⁷¹, mientras que en el segundo su cumplimiento sería aún posible, aunque más gravoso para el deudor.

La doctrina señaló tradicionalmente que la imposibilidad debe revestir carácter absoluto para exonerar al deudor²⁷². El hecho de que la prestación a su cargo se haya tornado más onerosa no lo desliga de responsabilidad, si bien podría eventualmente dar lugar a la aplicación de otros remedios, tales como la teoría de la imprevisión²⁷³. Sin embargo, en atención a que en ciertas situaciones podría resultar desmesurado exigir que el obligado demuestre que la imposibilidad no podía ser vencida "por las fuerzas humanas", se ha buscado morigerar tan rígido postulado acudiendo a diversos criterios, como el

²⁷⁰ GAMARRA, ob. cit., t. II, p. 114.

²⁷¹ OSTI, *Revisione...* cit., p. 220.

²⁷² OSTI, *Revisione...* cit., ps. 220 y 222; BUERES, *El incumplimiento de la obligación...* cit., p. 113; PICASSO, *La singularidad...* cit., ps. 176 y ss.; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 312; COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3ª ed. ampl. y correg. bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944, p. 609; BOFFI BOGGERO, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 4, p. 567; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. III, ps. 286 y 287; LE TOURNEAU y CADIET, *Droit de la responsabilité* cit., p. 262; LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les obligations*, Economica, Paris, 1996, p. 782. *Contra*, propugnando una imposibilidad relativa: ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980*, en *Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 173.

²⁷³ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. III, p. 287.

respeto de las exigencias de tutela de la vida, la libertad o la integridad corporal del deudor, o bien la consideración de los medios de los que aquel dispone para cumplir²⁷⁴. En este último sentido, se señala la improcedencia de encarar el estudio de la imposibilidad con abstracción del negocio que originó la obligación, y de los medios representados o presupuestos por las partes en cada caso para la ejecución de la prestación por el deudor²⁷⁵. Se enmarcan igualmente en este derrotero los intentos por limitar la rígida regla derivada de la exigencia del carácter absoluto de la imposibilidad liberatoria acudiendo al principio de buena fe, por cuyo intermedio se concluye en la inexigibilidad de la prestación en situaciones donde su exigencia por el acreedor podría configurar un abuso del derecho por parte del acreedor²⁷⁶.

El Código sigue estos lineamientos, porque exige que la imposibilidad sea absoluta y causada por un caso fortuito, y de ese modo se enmarca en la concepción tradicionalmente sostenida por la doctrina argentina. Sin embargo, el artículo en comentario regla también que la existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, con lo cual proporciona una válvula de escape para aquellos casos en los que sostener a rajatabla el criterio de la imposibilidad absoluta conduciría a exigencias desproporcionadas. En función de esos parámetros, si el juez, luego de evaluar la economía total del contrato, las legítimas expectativas de las partes, etcétera, llega a la convicción de que para cumplir sería menester desplegar medios anormales o excepcionales ajenos al programa de prestación, de modo tal que no es razonable exigir el cumplimiento en esos términos, o bien que el cumplimiento crea peligro para la vida, la salud o las convicciones religiosas del deudor (imposibilidad

²⁷⁴ Al respecto, dice Lafaille que no puede entenderse a la imposibilidad "como una situación tal que resista a todo género de esfuerzo, y sí como aquello que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está comprometido el deudor" (LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones* cit., t. I, ps. 459/460).

²⁷⁵ MENGONI, Luigi, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954, t. I, ps. 185 y ss.; LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...* cit., p. 171.

²⁷⁶ MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento* cit., p. 69.

“moral”), podrá declarar igualmente extinguida la obligación, sin responsabilidad del deudor²⁷⁷.

III.1.D) *Definitiva*

Únicamente la imposibilidad definitiva libera al obligado. La meramente transitoria podrá, a lo sumo, eximirlo de responsabilidad por el daño moratorio que pueda experimentar el acreedor²⁷⁸. El artículo 956 deja a salvo los casos en los cuales, pese a existir una imposibilidad meramente temporaria, el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible. En tales situaciones, pese a no existir propiamente imposibilidad (el cumplimiento de la prestación sigue siendo materialmente posible), la desaparición del interés del acreedor autoriza a hablar de un incumplimiento absoluto que produce los mismos efectos.

III.1.E) *No imputable al obligado*

Finalmente, para que la imposibilidad tenga efecto liberatorio es necesario que no resulte imputable a culpa del obligado (arts. 955 y 1732). Es que en todas las obligaciones, ya sean de medios o de resultado, el deudor asume, como deber complementario de la prestación principal, el accesorio de preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento²⁷⁹, lo cual, más allá de surgir en forma general de los artículos recién mencionados, es precisado también por otras normas (arts. 755, 1151, 1258, 1267, 1364, 1536, inc. c). El incumplimiento de tal deber se configura cuando la obligación se vuelve de imposible cumplimiento por culpa del deudor, lo que impide tener por configurado el *casus*. Por consiguiente, la obligación subsiste (no se extingue) y el deudor responde por su incumplimiento.

²⁷⁷ BUERES, Alberto J., *La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual*, en CORDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 296/297.

²⁷⁸ LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. III, ps. 288/289; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 313.

²⁷⁹ JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado* cit., p. 35; PICASSO, *La culpa...* cit.

III.2) *Efectos de la imposibilidad*

Si la imposibilidad reúne los caracteres que acaban de enumerarse, se producen los efectos mencionados por los artículos 955 y 1732: la obligación se extingue, y el deudor se libera de responsabilidad.

En cambio, si la imposibilidad es producida por culpa del deudor (v. gr., quien destruye la cosa que debía entregar), el artículo 955 establece que la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados. Sin embargo, pese a la literalidad de la norma, y como ya se indicó en el comentario al artículo 1716 (al que cabe remitir sobre este punto), es preciso distinguir entre el valor de la prestación (*æstimatio rei*) y los mayores daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento (*id quod interest*), como lo hacen los artículos 781, 838, 1114, 1420, 1653 y 1747. Tal como se menciona en los Fundamentos del Código, debe diferenciarse entre el régimen de la ejecución forzada y el de la responsabilidad civil. En caso de imposibilidad atribuible a culpa del obligado, el reclamo del valor de la prestación se rige por las normas de la ejecución forzada (razón por la cual basta al acreedor con probar la imposibilidad imputable para reclamarlo), mientras que el de los daños propiamente dichos –más allá de aquel valor– pone en marcha las disposiciones atinentes a la responsabilidad (con lo cual el acreedor deberá producir la prueba de la existencia de cada uno de los perjuicios reclamados).

Los artículos 755, 781, 782, 787, 838, 1267, 1364, 1536, inciso d, y 1563 ilustran aplicaciones puntuales de estos principios.

IV) *Significado de la reforma*

El Código sigue en este punto un criterio que ya se hallaba embrionariamente esbozado en los artículos 888, 889 y concordantes del código derogado, pero lo precisa en varios aspectos. En primer lugar, aclara expresamente que la imposibilidad debe ser objetiva y absoluta, con lo que pone fin a una disputa doctrinal acerca de si cabe o no hablar de imposibilidad subjetiva. En segundo término, pese a ello, echa mano de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho como parámetros que permiten atenuar, en ciertos casos, la rigidez de la

exigencia derivada del carácter absoluto de la imposibilidad. Finalmente, tanto en la norma en comentario como en el artículo 955 el Código conecta los dos efectos de la imposibilidad, pues se refiere conjuntamente a la extinción de la obligación y a la ausencia de responsabilidad del deudor. Esta última precisión es particularmente relevante, porque resalta la importancia del análisis de la imposibilidad –en conexión con el caso fortuito– en el terreno de las eximentes de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

Art. 1733 *Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:*

- a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;
- b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;
- c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;
- d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;
- e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;
- f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

I) Resumen

El artículo menciona diversos casos en los cuales, pese a existir un caso fortuito, o –en materia de responsabilidad contractual– una imposibilidad de cumplimiento derivada de aquél, no se produce la liberación del deudor. Ello puede ocurrir porque así se pactó contractualmente, porque lo dispone la ley, porque el deudor estaba en mora, porque el caso fortuito no reúne el requisito de ajenidad, o bien porque el demandado está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

II) Concordancias

Frustración del uso o goce de la cosa (art. 1203); destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega (art. 1268); eximentes de responsabilidad del hotelero (art. 1371); responsabilidad de los propietarios de casas de depósito (art. 1376); responsabilidad del prestador de una caja de seguridad (art. 1413); obligaciones del comodatario (art. 1536); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe (art. 1936).

III) Interpretación de la norma

Complementando las disposiciones de los artículos 1730 y 1732, la norma en comentario menciona una serie de supuestos en los cuales, pese a existir un hecho que reúne algunos caracteres del caso fortuito (la imprevisibilidad y/o inevitabilidad), él no produce la liberación del sindicado como responsable.

Es preciso aclarar que aunque el artículo menciona tanto al caso fortuito como a la imposibilidad de cumplimiento (esto es, los dos institutos regulados por los arts. 1730 y 1732), no se trata de nociones diversas, pues como se explica en el comentario al artículo 1732 la imposibilidad, para eximir de responsabilidad al deudor, debe necesariamente tener por origen un caso fortuito, de modo tal que ambos elementos conforman una única *fatíspecie*. Eso es lo que surge, por otra parte, del inciso e, de la norma en comentario, que menciona al caso fortuito “y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta”.

Cabe examinar a continuación las distintas hipótesis previstas por la norma.

III.1) *Asunción contractual del caso fortuito*

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden tanto poner a cargo del deudor algunos de los hechos que, con los

caracteres del *casus*, podrían obstar a la ejecución de la obligación como convenir, directamente, que el obligado garantiza el resarcimiento de los daños en cualquier circunstancia (esto es, aunque sobrevenga cualquier caso fortuito)²⁸⁰. No obstante, esta estipulación no será válida, en principio, en los contratos celebrados por adhesión (art. 988, inc. b) y en los de consumo (arts. 1117 y 1122, código derogado, y 37, ley 24.240), en la medida en que tienda a restringir los derechos de la parte débil de la relación²⁸¹.

III.2) *Disposición de la ley*

Excepcionalmente, la ley dispone que el caso fortuito no exonera; es lo que ocurre, precisamente, con el supuesto previsto en el inciso c, del artículo en comentario (deudor que se encuentra en mora con anterioridad al acaecimiento del *casus*). En otras ocasiones –y como se ha visto en el comentario al artículo 1730– la ley no se contenta con el caso fortuito “ordinario”, y exige una eximente calificada (art. 1273 del Código; art. 29, ley 25.675; art. 4º, Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, etc.).

III.3) *Mora del deudor*

Uno de los efectos de la mora es la traslación de los riesgos de la prestación, que a partir de ese momento pasan a estar en cabeza del deudor incumplidor. Por ese motivo, el obligado no se libera si está en mora en el momento en que sobreviene la imposibilidad de cumplimiento.

Sin embargo, la ley permite que, aun en ese supuesto, el deudor demuestre que su estado de mora fue “indiferente” para la producción de la imposibilidad de pago. Con esto se quiere decir que aquel incumplimiento no debe haber sido ni siquiera una condición del *casus*, desde el punto de vista de la teoría de la *conditio sine qua non*. Así ocurriría, verbigracia, si la cosa que debía darse parece como consecuencia de un terremoto, pues es claro que ese resultado habría ocu-

²⁸⁰ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 270.

²⁸¹ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. I, p. 851.

rrido igualmente aun si, por hipótesis, el deudor hubiera cumplido temporáneamente la obligación.

III.4) *Existencia de culpa previa del responsable*

En este supuesto, como en el previsto en el inciso e, no existe caso fortuito, pues falta la condición de ajenidad; el evento imprevisible o irresistible carece de toda virtualidad, al ser esterilizado por la culpa del agente²⁸². Así, no hay fuerza mayor si el deudor que debía prestar servicios personales se enferma con motivo de su ebriedad²⁸³.

III.5) *Contingencia propia al riesgo de la cosa o la actividad*

Al comentar el artículo 1730 se ha dicho que el caso fortuito debe ser “exterior” o ajeno al responsable. Es decir que debe ser extraño a la esfera económica del agente²⁸⁴, a sus actividades, a su empresa o a las cosas de su propiedad²⁸⁵. No hay ajenidad, verbigracia, si un automóvil se desplaza y daña a un tercero en el contexto de una fuerte tormenta, pero la imposibilidad de controlar el vehículo obedece también a un vicio en los frenos, o si la colisión es desencadenada en medio de una intensa niebla, pero el automotor carecía de luces suficientes²⁸⁶; en ambos ejemplos, la contingencia en cuestión es propia al riesgo de la cosa (los automóviles son riesgosos, entre otras cosas, porque pueden presentar fallas mecánicas o de diseño). Aunque el tema es polémico, se ha decidido también que es una contingencia propia del riesgo de la actividad del fabricante de medicamentos la posibilidad de que sus productos presenten vicios imposibles de detectar de acuerdo al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que ellos son lanzados al mercado (“riesgo del desarrollo”)²⁸⁷.

²⁸² TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit.

²⁸³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 304.

²⁸⁴ CALVO COSTA, Carlos A., *El caso fortuito como eximente ante las obligaciones de seguridad*, en R. C. y S. 2004-149.

²⁸⁵ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. I, p. 861.

²⁸⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 304.

²⁸⁷ CNCiv., sala H, 3-8-2009, “P., F. M. c/I. SA y otros s/Daños y perjuicios”, R. C. y S. 2009-XI-80, con nota de Graciela Lovece; sala A, 22-8-2012, “R., F. E. c/Bayer SA y otros s/Daños y perjuicios”, L. L. del 20-11-2012, p. 7, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra.

III.6) *Obligación de restituir como consecuencia de un hecho ilícito*

Cuando la obligación de restituir es consecuencia de un hecho ilícito, el deudor no se exonera ni siquiera por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta causada por caso fortuito. Este principio recibe una aplicación particular en el artículo 1936, que hace responsable al poseedor de mala fe por la destrucción total o parcial de la cosa, excepto si ella se habría producido igualmente si la cosa hubiera estado en poder de quien tiene derecho a su restitución. Sin embargo, siempre a tenor de la norma citada, esta última eximente no rige para el poseedor vicioso.

IV) Significado de la reforma

El artículo en análisis reitera, en general, las soluciones que ya contemplaba el artículo 513 del código derogado, aunque añade una precisión muy importante. En este sentido, el inciso d, consagrando una postura defendida por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, dispone que el caso fortuito, o la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, no exoneran si constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.

Art. 1734 *Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.*

I) Resumen

El artículo contiene la regla general en materia de carga de la prueba de los factores de atribución y las eximentes, y en ese sentido establece que ella pesa sobre quien los alega. Al actor en el proceso de daños corresponderá entonces, en principio, probar el factor de atribución, mientras que el demandado correrá con la prueba de las eximentes. Esta regla se complementa con la prevista en el artículo siguiente, que faculta al juez para alterar en ciertos casos aquel principio general.

II) Concordancias

Causa de las obligaciones (art. 726); prueba de la existencia de la obligación (art. 727); eximición de las consecuencias derivadas de la mora (art. 888); carga de la prueba del pago (art. 894); responsabilidad por culpa del transportista (art. 1310); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); responsabilidad objetiva (art. 1723); factores subjetivos (art. 1724); valoración de la conducta (art. 1725); facultades judiciales (art. 1735); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); prueba del daño (art. 1744); sujetos responsables (art. 1749); daños causados por actos involuntarios (art. 1750); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); hechos de los hijos (art. 1754); cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755); otras personas encargadas (art. 1756); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757); sujetos responsables (art. 1758); cosa suspendida o arrojada (art. 1760); autor anónimo (art. 1761); actividad peligrosa de un grupo (art. 1762); responsabilidad de la persona jurídica (art. 1763); responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 1767); profesionales liberales (art. 1768); acusación calumniosa (art. 1771).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La carga de la prueba*

La teoría de la carga de la prueba tiene dos finalidades básicas. Ante todo, se trata de proporcionar al juez una directiva que le indica cómo debe fallar ante la inexistencia o insuficiencia de prueba sobre determinado hecho litigioso. Pero también es una pauta de actividad para las partes, pues les advierte cuál de ellas asume el riesgo de la falta de producción de la prueba sobre determinado hecho. Cada uno de los litigantes ordenará su esfuerzo procesal en función de esa regla, e intentará demostrar los hechos que están a su cargo, para evitar la consecuencia perjudicial derivada de su falta de acreditación²⁸⁸.

²⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Carga de la prueba en los procesos de daños*, en L. L. 1991-A-995; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. I, ps. 197 y ss.; EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, ps. 20 y ss.; FENO-

Sin perjuicio de que las reglas atinentes a la carga de la prueba se encuentran reguladas en los códigos procesales, el Código Civil y Comercial prevé algunas directivas en esta materia –entre las que se encuentran las contenidas en el artículo en comentario, al igual que en los artículos 1735, 1736 y 1744– que se vinculan íntimamente con aspectos sustanciales atinentes a la responsabilidad civil.

III.2) *Carga de la prueba del factor de atribución*

Cabe aclarar, con Zavala de González, que siendo el factor de atribución un elemento valorativo, no es éste el que habrá de probarse, sino las circunstancias fácticas conducentes a la elaboración de ese juicio por los magistrados²⁸⁹. Cada factor de atribución se encuentra previsto abstractamente por la ley y requiere, para su aplicación, la configuración de ciertas circunstancias de hecho (*fattispecie*); son estas circunstancias las que deberán ser objeto de prueba en el proceso. Así, verbigracia, si el factor aplicable es la culpa, la prueba deberá recaer sobre los hechos que demuestren que el demandado se comportó de un modo diverso a como lo habría hecho una persona diligente puesta en esas circunstancias; si es el riesgo, deberá acreditarse la existencia de una cosa o actividad riesgosa, y la causalidad material entre aquélla y el daño, etcétera.

El artículo 1734 sienta el principio general de que la carga de la prueba del factor de atribución pesa sobre quien lo alega, lo cual implica que será, en principio, el actor en el proceso de daños (el damnificado) quien deberá acreditar los presupuestos fácticos para la aplicación de cada factor. Sin embargo, eso no significa que su tarea probatoria quede restringida únicamente a producir prueba directa, pues en materia de responsabilidad civil tiene gran valor la prueba de presunciones (art. 163, inc. 5º, CPCCN, y normas concordantes de los códigos provinciales).

Asimismo, si el factor de atribución es la culpa, el artículo 1735 consagra una excepción al principio general que se acaba de exponer,

CHIETTO, Carlos A., *Carga de la prueba*, en L. L. 1980-A-806; MAYO, Jorge A. y PREVOT, Juan M., *La carga de la prueba en los juicios de daños y perjuicios*, en R. C. y S. 2007-148.

²⁸⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 3, p. 192.

pues autoriza al juez a distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se hallaba en mejor situación para probar.

Por otra parte, cabe también hacer excepción al principio general en aquellos casos en los que median presunciones legales de culpa, como ocurre, verbigracia, con la responsabilidad de los tutores y curadores (art. 1756) o, fuera del Código, con la del transportador aeronáutico (arts. 139 a 142, Código Aeronáutico).

III.3) *Prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual*

La responsabilidad contractual (u “obligacional”, propiamente hablando) tiene al incumplimiento como presupuesto fundamental²⁹⁰. El deudor responde, precisamente, porque ha incumplido, tal como resulta con toda claridad de los artículos 1716 y 1749. Por lo tanto, en la responsabilidad contractual la prueba del factor de atribución se confunde con la del incumplimiento: el acreedor debe probar tanto la existencia misma de la obligación (el título, arts. 726 y 727) como el incumplimiento (arts. 1716 y 1749).

Ahora bien, demostrar el incumplimiento equivale a probar que el deudor –o el o los terceros que éste puso a cumplir en su lugar– no siguió el plan de prestación que constituía el objeto de la relación obligatoria, lo que desplaza la cuestión a la pregunta acerca de cuál era este plan prestacional, o en otras palabras, qué era lo debido por el deudor. Ya se ha explicado al comentar el artículo 1723 que según la extensión de lo debido la obligación puede ser de medios o de resultado, distingo éste que el Código consagra en los artículos 774, 1252, 1723 y 1768.

Si la obligación era de medios –esto es, si el deudor se había obligado únicamente a desarrollar un plan de conducta diligente, pero sin asegurar resultados–, entonces la prueba del incumplimiento equivaldrá a la de la culpa del deudor, mientras que si era de fines bastará con

²⁹⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 227; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* cit., p. 183; BUE-RES, Alberto J., *El fundamento de la responsabilidad contractual*, en R. C. y S. 2012-IV, tapa; PICASSO, *La singularidad...* cit., ps. 164 y ss.

acreditar que no se ha alcanzado el resultado comprometido²⁹¹. Como se observa, en el primer caso la responsabilidad es subjetiva, y en el segundo, objetiva (art. 1723), pero es claro que en cualquier circunstancia lo que debe acreditar el acreedor es el incumplimiento, y que el concepto de factor de atribución queda entonces subsumido en él²⁹²: la culpa es inescindible del incumplimiento de la obligación de medios, y en la de resultado hay responsabilidad objetiva pura y simplemente porque el cumplimiento no requería de la diligencia del deudor, sino del logro del resultado²⁹³.

Finalmente, cabe marcar una diferencia importante entre los casos en los que el acreedor pretende hacer valer la ejecución forzada de la obligación (incluido el reclamo del contravalor dinerario de la prestación incumplida) y aquellos en los que reclama la reparación de los daños que sufrió como consecuencia del incumplimiento. En el primer supuesto (ejecución forzada), bastará al acreedor con probar el título (art. 727) e invocar (pero no probar, en principio) la existencia de un incumplimiento; la carga de la prueba de haber pagado recaerá entonces sobre el deudor, excepto que se trate de una obligación de no hacer (art. 894). Si, en cambio, lo que se reclama es la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, entonces es preciso acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino también su incumplimiento,

²⁹¹ PICASSO, *El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Obligaciones de medios y de resultado* cit., ps. 1097 y ss.; *La singularidad...* cit., ps. 167 y ss.; BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva* cit., p. 964; VÁZQUEZ FERRER, *La responsabilidad contractual objetiva* cit., p. 998; AGOGLIA, BORGINA y MEZA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual* cit., ps. 61 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1989, ps. 300 y ss.; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 583; MORELLO y GALDÓS, *Indemnización del daño contractual* cit., ps. 153/154; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113* cit., p. 232; MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones* cit., t. 1, p. 338; STIGLITZ, *Responsabilidad civil por incumplimiento contractual* cit., t. I, ps. 571 y ss.

²⁹² ROUVIERE, Frédéric, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-En Provence, 2005, p. 70.

²⁹³ BUERES, *El fundamento...* cit.; PICASSO, *La singularidad...* cit., ps. 166 y ss.

porque ya se ha visto que este último se asocia inescindiblemente al factor de atribución, cuya prueba corresponde a quien lo invoca (art. 1734):

III.4) *Carga de la prueba de las eximentes*

La norma en comentario añade que también la prueba de las eximentes está a cargo de quien las alegue, lo cual equivale a disponer que será el demandado —quien las invocará para intentar exonerarse de responsabilidad— el encargado de acreditarlas. Ahora bien, las eximentes más usuales en materia de responsabilidad objetiva están constituidas por la causa extraña (art. 1722), por lo que en puridad no se refieren al factor de atribución, sino al nexo de causalidad adecuada. Y al respecto, el artículo 1736 dispone que la carga de la prueba de la causa ajena recae sobre quien la invoca, con lo cual sienta un criterio coincidente con el expuesto por el artículo que ahora se comenta. En otras palabras, cuando frente a la imputación de una responsabilidad objetiva el demandado invoque el hecho de la víctima, el de un tercero por quien no debe responder, o el caso fortuito o la fuerza mayor, a él corresponderá acreditar esas circunstancias.

También es posible que el emplazado intente probar no ya la ruptura del nexo causal, sino que no se configuran en el caso los presupuestos fácticos para la aplicación del factor del que se trate (v. gr., que fue diligente, o que la cosa de la que era dueño o guardián —o la actividad que desarrollaba— no eran riesgosas, etc.). Esto es perfectamente factible —y frecuente en esta clase de juicios—, pero no debe perderse de vista que, por disposición del artículo 1734, la carga de la prueba del factor de atribución recae en principio sobre el actor, razón por la cual, ante la falta de prueba en un sentido o en el otro (v. gr., no está acreditado que la actividad era riesgosa, pero tampoco que no lo era), el juez debe fallar en contra de aquél. Como se acaba de explicar, la referencia que se hace en la norma a que la carga de probar las eximentes recae sobre quien las invoca se refiere a las eximentes propiamente dichas (normalmente la ruptura del nexo causal, pero también la propia diligencia, cuando media una presunción legal de culpa o el juez decide invertir la carga de la prueba en los términos del art. 1735), y no a la ausencia de las circunstancias necesarias para la aplicación del factor de atribución invocado por el pretensor.

IV) Significado de la reforma

La introducción en un código de fondo de reglas atinentes a la carga de la prueba no es novedosa (v. gr., en el código derogado se refería a ellas el art. 1113, segundo párrafo); sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial se ocupa de la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad de manera más sistemática, y con vocación de generalidad. En lo que atañe al factor de atribución se adopta una regla general muy clara, que implica poner sobre el actor la carga de acreditarlo (y sobre el demandado la de probar las eximentes). Esto descarta la posibilidad de que el juez distribuya ese *onus probandi* de manera diferente, salvo en el caso contemplado en el artículo siguiente.

Art. 1735 *Facultades judiciales.* No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

I) Resumen

El principio según el cual el factor de atribución debe ser probado por quien alega su existencia (art. 1734) se ve morigerado cuando se trata de la prueba de la culpa, pues en tal caso el juez puede, según las circunstancias, asignar el *onus probandi* a quien se encuentre en mejor situación para aportar la prueba respectiva, lo que podría conducir a imponerla al demandado. Sin embargo, cuando el juez vaya a aplicar este criterio deberá comunicarlo a las partes oportunamente, y permitir al litigante a quien impone la carga en cuestión ofrecer y producir la prueba que haga a su defensa.

II) Concordancias

Responsabilidad del tutor (arts. 118 y 134); responsabilidad de los

administradores (art. 160); sustitución (art. 377); principios relativos a la prueba en procesos de familia (art. 710); promesa de bienes ajenos (art. 1008); incumplimiento y ejecución del leasing en el caso de inmuebles (art. 1248); cosas de valor (art. 1294); compensación por clientela (art. 1497); responsabilidad por culpa del transportista (art. 1310); factores de atribución (art. 1721); factores subjetivos (art. 1724); valoración de la conducta (art. 1725); prueba del factor de atribución (art. 1734); sujetos responsables (art. 1749); otras personas encargadas (art. 1756); profesionales liberales (art. 1768); acusación calumniosa (art. 1771); responsabilidad del gestor por culpa (art. 1786); adquirente en bolsa o caja de valores (art. 1867).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La teoría de las cargas probatorias dinámicas*

Los códigos procesales argentinos suelen imponer la carga de la prueba de un hecho, como regla general, a quien afirma su existencia, o bien a quien funda su pretensión en una norma que tiene a ese hecho como condición para su aplicación (art. 377 del CPCCN).

Esa regla puede a veces hacer muy gravosa la situación procesal de la víctima de un daño, pues la compele a acreditar todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad civil. En lo que atañe, en particular, a la prueba de la culpa, muchas veces el damnificado carece de los conocimientos o los elementos necesarios como para probar ese factor de atribución, lo que se patentiza sobre todo en materia de responsabilidad profesional: el paciente que imputa mala praxis a los médicos que lo atendieron no sabe, verbigracia, qué ocurrió en el quirófano, mientras que los facultativos demandados podrían explicar y acreditar con mucha mayor facilidad su eventual obrar diligente. Por tal motivo, se ha expandido en la doctrina y la jurisprudencia argentinas la aplicación de la doctrina denominada “de las cargas probatorias dinámicas”, que postula que la carga de la prueba de un hecho debe ser puesta en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de producirla. La carga probatoria es, entonces, dinámica, por cuanto no se encuentra atada a principios rígidos, sino

que todo dependerá de las circunstancias del caso concreto, de quién se encuentre en mejores condiciones para probar²⁹⁴.

Aunque la mencionada teoría goza de gran predicamento en la Argentina, también se le han opuesto serias objeciones. Se ha dicho, así, que se trata de una concepción sin fundamento normativo, pues los códigos procesales, en general, no la contemplan²⁹⁵. También se sostuvo que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas recién en el momento de fallar es sorpresiva para la parte a la que el juez imputa —en una etapa procesal en la que ya no tiene la posibilidad de ofrecer y producir prueba— una carga procesal que de acuerdo al principio general pesaba sobre su contraria; de este modo, se violaría el derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y normas concordantes de diversos tratados internacionales²⁹⁶. Finalmente, se señaló que la morigeración de la actividad probatoria a cargo de la víctima puede también lograrse mediante la utilización de otras figuras —como las presunciones judiciales— que no atentan contra las reglas establecidas en el ordenamiento adjetivo respecto de la carga de la prueba²⁹⁷.

Estas importantes objeciones han llevado a un sector de la jurisprudencia a exigir el cumplimiento de ciertas condiciones para la aplicación de la teoría. Se ha dicho, en ese sentido: “La aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es factible cuando existe pedido expreso de su aplicación, al formular demanda, lo cual debe ser objeto de un pronunciamiento expreso por parte del juez con motivo de abrirse el procedimiento a prueba, pues su aplicación sorpresiva por parte del juez al dictar sentencia podría alterar gravemente el derecho de defensa de la parte a quien se le imputa que en su cabeza recaía la carga probatoria”²⁹⁸.

²⁹⁴ Vid., entre muchos otros: LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, en PEYRANO, Jorge W. y LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 61 y ss.

²⁹⁵ MAYO y PREVOT, *La carga de la prueba en los juicios de daños y perjuicios* cit., p. 148; GARCÍA GRANDE, Maximiliano, *Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas*, en L. L. 2005-C-1082.

²⁹⁶ MAYO y PREVOT, ob. y lug. cit.

²⁹⁷ CNCiv., sala A, 25-9-2012, “A., N. A. c/B., A. y otros”, J. A. del 2-1-2013, p. 58.

²⁹⁸ CCCom. de Mercedes, sala I, 4-5-2006, L. L. B. A. 2006-816.

III.2) *La cuestión en el nuevo Código*

El Código adopta como principio general la concepción tradicional: la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil, ya se trate del factor de atribución (art. 1734), de la relación causal (art. 1736) o del daño (art. 1744), recae sobre quien alega su existencia, que normalmente será el damnificado, actor en el proceso de daños.

En ese marco, la teoría de las cargas probatorias dinámicas aparece excepcionalmente en el artículo en comentario, con una aplicación acotada a la prueba de un específico factor de atribución (la culpa). Es decir que su empleo no será admisible fuera de ese supuesto, pues en los demás casos rigen las reglas generales que se acaban de señalar.

Cuando el factor de atribución aplicable es la culpa, la norma que ahora se comenta faculta al juez a distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para afrontarla. En principio —y a salvo los casos en los que la propia ley provoca una inversión de la regla para casos específicos, como en el artículo 1756—, el *onus probandi* recae sobre el actor, que es quien debe acreditar la culpa del demandado (art. 1734), pero si este último se encuentra en mejores condiciones para producir esa prueba, ya sea por su estructura empresarial, por el más fácil acceso a los medios de prueba, por sus conocimientos especiales, etcétera, entonces el juez se encuentra autorizado a invertir la regla, e imponer al demandado la carga de la prueba de su falta de culpa, es decir, de haber actuado con la diligencia debida.

No obstante, la norma en comentario prevé ciertos recaudos a efectos de preservar el derecho de defensa del demandado. En tal sentido, dispone el artículo que si el juez considera pertinente hacer uso de la facultad que le concede la ley, e invertir en un caso concreto la carga de la prueba de la culpa, debe hacer saber a las partes que aplicará ese criterio, de modo de permitirles ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. Es importante poner de resalto que esta comunicación a las partes no es una mera facultad del juez, sino que se trata de una obligación que le impone la ley (nótese la redacción de la norma: si el juez lo considera pertinente —esto es, si considera pertinente aplicar la teoría— “debe comunicar a las partes...”).

En ese sentido, los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al Código señalan que el juez “debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio”.

El Código no señala exactamente cuál es el momento procesal en el que esta comunicación debe tener lugar —lo que importaría avanzar sobre la facultad de las provincias de regular el procedimiento aplicable—, pero sí es claro en el sentido de que luego de la decisión del juez que dispone invertir la carga de la prueba debe permitirse a las partes (en particular, al demandado) ofrecer y producir prueba adicional. Cuando los códigos procesales no prevean precisamente de qué modo se instrumenta este procedimiento, corresponderá al juez, en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, y en su carácter de director del proceso, tomar las medidas necesarias para poner en práctica las disposiciones del artículo que se comenta. En el orden nacional será, en principio, en el marco de la audiencia prevista por el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que los magistrados podrán hacer uso de la facultad que les confiere este artículo 1735, razón por la cual, en el mismo acto, deberán otorgar un plazo suplementario para que la parte demandada, debidamente informada de la distribución de la carga probatoria dispuesta por el juez, pueda ofrecer prueba suplementaria tendiente a acreditar su diligencia.

En atención a que —como lo menciona la propia norma en comentario— estas prevenciones tienden, precisamente, a tutelar el derecho de defensa en juicio de la parte en cuyo perjuicio se invierte la carga probatoria, el juez no podrá acudir a esa herramienta en la sentencia, bajo pena de nulidad, si previamente, en la etapa procesal pertinente, no hubiera seguido el procedimiento que acaba de describirse.

En resumen, el Código consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas únicamente para un supuesto puntual de la responsabilidad civil (la carga de la prueba de la culpa), y habilita su empleo siempre y cuando el juez lo comunique oportunamente a las partes y permita el ofrecimiento y producción de prueba suplementaria a quien ha impuesto ese *onus probandi*. De este modo se superan las objeciones que un sector de la doctrina había dirigido al empleo indiscriminado

de esta teoría, pues a partir de la sanción del Código ella tiene una concreta apoyatura legal, y el mecanismo previsto para su aplicación resguarda debidamente el derecho de defensa del demandado. Asimismo, el empleo de ese instituto tendrá carácter excepcional, y no podrá efectuarse fuera del supuesto previsto por la norma, razón por la cual no será admisible invertir la carga de la prueba de la relación causal, o del daño, o de otros factores de atribución distintos de la culpa, invocando la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Eso no quiere decir que no pueda existir en tales casos una morigeración de la carga de la prueba que pesa sobre el damnificado, pero ella vendrá fundamentalmente de la mano de las presunciones legales y —particularmente— de las judiciales, que en las últimas décadas vienen encontrando una fecunda aplicación en el marco del proceso de daños.

IV) Significado de la reforma

En una disposición sin precedentes en el código derogado, el nuevo Código introduce la teoría de las cargas probatorias dinámicas para el supuesto puntual previsto por el artículo en examen. Se adopta un término medio entre las posturas favorables y las críticas a la admisión de aquella teoría, dado que se la consagra únicamente de modo excepcional, y para el supuesto específico de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil. Asimismo, a efectos de preservar el derecho de defensa de las partes se dispone que el juez debe comunicar previamente a los litigantes que aplicará ese criterio.

Art. 1736 *Prueba de la relación de causalidad.* La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

I) Resumen

En concordancia con lo establecido en los artículos 1734 y 1744, se dispone que la prueba de la relación de causalidad, o de las cir-

cunstancias que la excluyen, está —en principio— a cargo de quien invoque su existencia. La excepción a esta regla está dada por los casos en que la causalidad es presumida por la ley, o por los jueces sobre la base de presunciones *hominis*.

II) Concordancias

Incumplimiento de la cláusula penal (art. 792); imposibilidad temporaria (art. 956); obligación del locatario de conservar la cosa en buen estado (art. 1206); riesgos de la contratación de una obra o servicio (art. 1258); muerte del comitente (art. 1259); imposibilidad de ejecución de una obra (art. 1267); destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega (art. 1268); obra en ruina o impropia para su destino (art. 1273); pérdida total o parcial del flete por retraso (art. 1285); pérdida de la cosa depositada (art. 1364); responsabilidad de los propietarios de casas de depósito (art. 1376); responsabilidad del prestador de una caja de seguridad (art. 1413); obligaciones del comodatario (art. 1536); responsabilidad del donatario por los cargos (art. 1563); factor objetivo (art. 1722); relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); facultades judiciales (art. 1735); prueba del daño (art. 1744); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757); cosa suspendida o arrojada (art. 1760); autor anónimo (art. 1761). Ley 24.240 (art. 40).

III) Interpretación de la norma

El Código sigue en este artículo el principio general que también establece para la prueba de los factores de atribución (art. 1734) y el daño (art. 1744): la prueba de la relación de causalidad, o de las circunstancias que la excluyen, se encuentra a cargo de quien alegue su existencia. Es decir que será, en principio, el actor quien deberá

probar el vínculo causal, mientras que el demandado estará precisado, por su parte, de acreditar la causa ajena.

III.1) *El principio general: la carga de la prueba de la causalidad recae sobre el actor*

Como usualmente será el demandante en el proceso de daños quien invoque la existencia de una relación causal entre el daño y el hecho atribuible al demandado, sobre él pesará la carga de acreditar esa circunstancia.

Debe tenerse presente, al respecto, que probar ese elemento implica, ante todo, acreditar la existencia de una relación de causalidad material (desde el punto de vista de las ciencias naturales) entre el hecho y el daño, a lo que debe sumarse la prueba de que ella es, además, adecuada (es decir que ese resultado dañoso era previsible para un hombre medio puesto en el momento del hecho). Si se está en presencia de una consecuencia mediata, será preciso, asimismo, acreditar el carácter previsible del o los sucesos que se hayan interpuesto entre el daño y el hecho original²⁹⁹.

Si el perjuicio cuya reparación se reclama fue causado por el incumplimiento de un contrato, además de la existencia de causalidad material entre ese incumplimiento y el daño será menester probar que esa consecuencia había sido prevista por las partes, o bien que ellas pudieron haberla previsto, al momento de celebrar el negocio (art. 1728).

III.2) *Las excepciones: presunciones de causalidad y de adecuación causal*

La norma en comentario hace excepción de los casos en los que la ley impute o presuma la causalidad. Se trata en realidad de una misma situación, constituida por aquellos supuestos en los que median presunciones legales de causalidad (a secas); o bien presunciones de adecuación causal.

El primer caso (presunciones de causalidad a secas) es más raro, y se presenta, fundamentalmente, en el supuesto de los artículos 1760

²⁹⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 3, p. 183.

y 1761: frente al daño proveniente de un miembro no identificado de un grupo determinado, la ley presume que todos los integrantes de este último son autores, con lo cual la presunción recae tanto sobre la existencia de una relación de causalidad material (entre el daño y el hecho de cada uno de los miembros del grupo) como sobre el carácter adecuado de ese vínculo. A cada uno de los miembros del grupo compete entonces eximirse mediante la prueba de la causa ajena.

La segunda situación (presunciones de adecuación causal) se da sobre todo en el terreno de los daños causados por el hecho de las cosas y actividades riesgosas (arts. 1757 del Código, 40 de la ley 24.240). En esos supuestos, el demandante debe probar la causalidad material entre el daño y el riesgo de la cosa o de la actividad, pero una vez acreditado ese nexo surge una presunción legal de adecuación causal que pone al dueño o guardián de la cosa, o al explotador de la actividad, en la necesidad de probar la ruptura del nexo causal para eximirse de responder³⁰⁰. No hay, en cambio, en estos casos, una presunción de responsabilidad, pues ello importaría que también se presumirían los restantes elementos de la responsabilidad (el daño, la antijuridicidad, el carácter riesgoso de la cosa, o la actividad, etc.), lo cual no es exacto.

Finalmente es importante señalar que, a diferencia de lo que ocurre con la prueba de la culpa (art. 1735), el Código no permite que los jueces inviertan la carga de la prueba de la causalidad sobre la base de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Eso no implica, sin embargo, que no pueda haber presunciones judiciales de causalidad, construidas en cada caso sobre la base de la prueba de indicios graves, precisos y concordantes que convengan al juez de la existencia de una relación de causalidad de la que no hay prueba directa³⁰¹. El Código no se refiere a este último punto porque se trata de una cuestión propia de las normas procesales de cada jurisdicción (en el orden nacional, tal posibilidad surge del art. 163, inc. 5º del CPCCN), pero de ningún modo la excluye. Sin embargo, es preciso

³⁰⁰ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., p. 358.

³⁰¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (hacia un alivio de la carga probatoria)*, en L. L. 1996-D-988.

poner de resalto que –a diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 1735– la aplicación de presunciones judiciales no releva al actor de su carga probatoria, pues a él le compete acreditar la existencia de los indicios sobre cuya base se elaborará la presunción³⁰².

III.3) Prueba de las eximentes

Dado que el demandado será quien alegue como eximente la ruptura del nexo de causalidad, a él le incumbirá normalmente la prueba de la existencia de un caso fortuito, o bien de un hecho de la víctima que desplace la causalidad o, al menos, permita disminuir la reparación en proporción a su eficacia causal.

Aunque la norma que se examina menciona separadamente a la prueba de la causa ajena y la de la imposibilidad de cumplimiento, ya se ha señalado –al comentar los artículos 1730 y 1733– que se trata, en puridad, del mismo fenómeno, porque la imposibilidad únicamente libera si ha sido causada por fuerza mayor. Por consiguiente, una vez constatado el incumplimiento, el deudor únicamente podrá liberarse si prueba la existencia de una imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable, causada por caso fortuito. Debe subrayarse que también el carácter de no imputable de la imposibilidad debe ser acreditado por el obligado; si, verbigracia, la cosa que debía entregar ha perecido, a él corresponde probar que ese hecho no se ha debido a culpa suya.

IV) Significado de la reforma

El Código adopta un principio ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia –pero que no estaba expresamente mencionado en el código derogado–, y dispone que la carga de la prueba de la relación de causalidad, o de la causa ajena, recae sobre quien la alega. Sin embargo, deja a salvo los casos en los que la ley impute o presuma la causalidad, lo que apunta a las presunciones de causalidad material (arts. 1760 y 1761) o de adecuación causal (art. 1757). Asimismo, la

³⁰² DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial* cit., I, II, ps. 304 y ss.; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Prueba de la culpa médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 103 y ss.

regla, sumada a lo que dispone el artículo 1734, impide la aplicación en materia causal de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

SECCIÓN 4ª

DAÑO RESARCIBLE

Fundamentos*

"1. *Daño resarcible.*

"Existe una gran disparidad en el modo en que los proyectos anteriores incluyeron los artículos referidos al daño, y para mostrar el ejemplo mencionaremos los dos últimos. En el Proyecto de 1993 (PEN), se disponía (artículo 1565): "Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio o a sus intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado". El Proyecto de 1998 contiene tres artículos claves: el artículo 1588 dispone: 'Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado'. Luego el extenso artículo 1600 preceptúa: '*Alcances.* En este Código: a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto. d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona. e) Indemnización

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso'. El artículo 1601 dispone: 'Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable'.

"En el derecho civil latinoamericano ha sido muy citado el Código Civil peruano que contiene dos textos. El artículo 1984 dispone: 'El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia'. El artículo 1985, que se refiere al contenido del daño, establece: 'La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño'. El último código sancionado, brasileño, regula el tema en los artículos 944 y ss. con una regulación casuística que no trae directivas generales en esta materia.

"Tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado existen diversas denominaciones que han producido controversias, principalmente relativas a la autonomía de los diversos capítulos de la indemnización así como en las denominaciones que corresponde a cada uno.

"Con la intención de disminuir esos efectos litigiosos, se adopta una definición amplia y lo más clara posible.

"Este Anteproyecto distingue entre daño e indemnización sobre la base de los siguientes criterios:

"El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento.

"Cuando ese derecho o interés es individual recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el Título Preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva.

"Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño-lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción.

"La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización.

"Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión.

"En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva.

"La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

"La Comisión ha discutido si es necesario clasificar el daño patrimonial, extrapatrimonial o moral, distinguiendo distintos supuestos, pero se ha considerado que es una tarea que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia, ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan.

"Los requisitos para la procedencia de la indemnización presentan un alto grado de consenso en la doctrina y en los proyectos analizados. Por eso se ha redactado un artículo breve que establece que debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.

"La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. La referencia a la 'contingencia razonable' es el equivalente a la probabilidad objetiva, que debe concurrir con la relación de causalidad. Se trata de dos requisitos: a) certeza de que, si no hubiera ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legitimado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida futura; b) relación causal adecuada entre el hecho y la pérdida de chances.

"Uno de los aspectos más controvertidos de la regulación propuesta

por el Proyecto de 1998 en materia de daño fue la existencia de limitaciones cuantitativas (artículo 1634).

"Para aclarar este punto conviene hacer algunas precisiones: a) la indemnización del daño nunca es integral, porque no coincide el daño 'real' con el 'jurídico'. Si hay algo que pueda ser denominado 'real', comprende muchos aspectos que para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico excluye. Por ejemplo, hay un régimen de causalidad que no cubre todas las consecuencias, sino sólo las previsibles porque hay que valorar la posición del agente. También hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido; b) la indemnización, a su vez, tiene relación con los distintos subsistemas en los que se aplica y hay numerosos supuestos en los que hay límites en el derecho vigente. Además, muchos de ellos provienen de convenios internacionales, como ocurre, por ejemplo, en materia de transporte aéreo; c) en otros casos, hay diferentes modos de solucionar un mismo problema, como sucede con los accidentes de la circulación: unos países lo incluyen en la seguridad social, otros lo cubren con el seguro de primera persona, otros lo regulan mediante la responsabilidad civil, la mayoría con límites en la cobertura.

"Frente a toda esa variedad y, teniendo en cuenta la tradición argentina en la materia, se ha decidido consagrar, como principio general, la reparación plena. Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales.

"También se consagran las reglas clásicas para los daños individuales, es decir, la opción por el pago en dinero o el reintegro específico. En este último caso se consagra un límite derivado del ejercicio abusivo del derecho, que es una norma general del sistema.

"El Anteproyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tie-

nen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible.

”El mismo texto recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria.

”En los demás artículos se establecen criterios tradicionales aceptados por la doctrina.

”2. *Daños a los derechos de incidencia colectiva.*

Se siguen las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia ‘Halabi’, del 24 de febrero de 2009 (*Fallos*: 332:111) y el proyecto de reformas a la ley 25.675 (General del Ambiente) aprobado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de septiembre de 2006) y elevado oportunamente al Congreso de la Nación. También se tuvieron en cuenta las experiencias y conclusiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que aprobó en Caracas el 28 de octubre de 2004 la versión definitiva del Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica. Se adecúa el artículo 1622 del Proyecto de 1998.

”Se distinguen dos supuestos.

”El primero, referido a la lesión a un derecho de incidencia colectiva requiere que la pretensión recaiga sobre su incidencia colectiva. En estos casos se trata de un derecho indivisible, de uso común, y se establece que corresponderá, prioritariamente, la reposición al estado anterior del hecho generador. Si ello fuera total o parcialmente imposible, o resultare insuficiente, procederá una indemnización. Si ella se fijare en dinero, tiene el destino que le fije el juez por resolución fundada.

”El segundo trata los daños a intereses individuales homogéneos, que se configuran cuando medie una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes o diferenciados, provenientes de la lesión de un interés colectivo o de una causa común, fáctica o jurídica.

”En cuanto a la legitimación, se procuró mantener las directivas de la Constitución Nacional, y se entiende que otros legitimados según las leyes provinciales, podrían concurrir, como ocurre actualmente.

”En la regulación de estos aspectos se han evitado las cuestiones procesales, que no corresponden al ámbito del Código. Sin embargo, es necesario dar algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el Código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor.

”Por esta razón se establecen reglas para la legitimación causal activa que permitan un ordenamiento de la pluralidad de acciones y se garantice una adecuada representación, como expresamente lo señaló la Corte Suprema en la citada sentencia ‘Halabi’. Al mismo tiempo, se prevé que la acción colectiva no restrinja el necesario ámbito de la libertad individual y del acceso a justicia que corresponde garantizar constitucionalmente”.

Art. 1737 *Concepto de daño.* Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

D) Resumen

Se diferencia el daño como lesión que atiene a la materia afectada (daño-evento o daño-lesión) de la indemnización como consecuencia o resultado de dicha afectación (daño-consecuencia). El daño consiste en la lesión de un derecho subjetivo o de un interés lícito, legítimo o simple pero que no sea repudiado por el conjunto del ordenamiento jurídico; el objeto de la lesión puede ser la persona, el patrimonio o un derecho colectivo. La referencia a la persona no supone asignarle emancipación resarcitoria adicional al daño binario patrimonial o extrapatrimonial porque la consecuencia indemnizable será siempre una u otra, o ambas concurrente o disyuntivamente. No existen terceras categorías de daños con autonomía resarcible (daño biológico, a la vida de relación, sexual, etc.). La indemnización admite sólo dos especies: patrimonial y no patrimonial o ambas.

Se incorpora el daño colectivo que es el que afecta bienes de incidencia colectiva (derechos de incidencia colectiva que recaen sobre

bienes colectivos). Los daños individuales homogéneos, pertenecientes a la categoría de los daños colectivos, consisten en una multiplicidad o pluralidad de daños individuales que provienen de un mismo origen, fáctico o jurídico. Tienen en común la causa o hecho que provoca el daño (la contaminación del río o la compra en masa de un producto), pero los daños son individuales, diferenciados para cada damnificado y corresponden a un derecho subjetivo o interés de cada uno.

II) Concordancias

Indemnización (art. 1738); requisitos (art. 1739); reparación plena (art. 1740); indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741); prueba del daño (art. 1744); indemnización por fallecimiento (art. 1745); indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746); acumulabilidad del daño moratorio (art. 1747).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El régimen del código derogado*

En el código derogado el daño –según el artículo 1067– consistía en el perjuicio susceptible de apreciación económica causado directamente en las cosas o indirectamente *por el mal hecho a la persona, derechos o facultades*. Otros artículos se ocupaban del tema (arts. 1066, 1069, etc.), estableciéndose que la legitimación por daño material recaía en los damnificados directos e indirectos (art. 1079) y la legitimación por daño moral –según el texto del artículo 1078 incorporado por la ley 17.711– sólo en los damnificados directos y únicamente en caso de muerte de la víctima se la confería a los damnificados indirectos (a los herederos forzosos).

III.2) *El régimen actual. Concepto. Caracterización*

1. El concepto de “daño jurídico” ha sido objeto de varias caracterizaciones. Para una corriente el daño se identifica con el bien jurídico afectado o menoscabado (cosas, derechos susceptibles de valor económico o bienes extrapatrimoniales como la vida, el honor, la intimidad). Para una segunda posición el daño constituye la afectación o

mengua de un derecho subjetivo, es decir de un derecho expresamente reconocido por el ordenamiento jurídico y sobre el cual el sujeto tiene acción para hacerlo valer. Según la naturaleza de ese derecho el daño será patrimonial o extrapatrimonial. Para esta postura clásica el daño no se concibe como la lesión a un “interés cualquiera; ese interés debe ser tutelado por la ley; no basta un interés de ‘hecho’, debe ser un interés jurídico”³⁰³. Una tercera posición afirma que el daño atiende al resultado, efectos o consecuencias de la lesión o detrimento, por lo que será patrimonial cuando repercuta en los bienes de valor económico o moral si afecta la integridad extrapatrimonial o espiritual de la persona. Finalmente otro criterio entiende que el daño es la lesión de un interés jurídico entendido como la facultad de actuar del sujeto para obtener el bien jurídico objeto de satisfacción o la expectativa lícita de continuar obteniéndolo. Se sostiene que comprende “tanto el supuesto de alteración de una situación jurídica de provecho, amparada por un derecho subjetivo (interés legítimo), como el caso de afectación de una situación fáctica de provecho, que si bien no resulta exigible por carecer el sujeto de medios de protección legítimos que aseguren su satisfacción, le generan, no obstante, una expectativa lícita de permanecer en dicho estado potencialmente satisfactoria (interés simple)”³⁰⁴.

El Código recoge este último criterio, muy difundido e incluso seguido por la Corte Suprema de la Nación: “el concepto jurídico de daño, salvo restricciones particulares queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley”³⁰⁵; “el daño consiste en la lesión a un interés simple, merecedor de tutela, que priva al sujeto de la facultad de su actuar lícito, es decir, no reprobado por el Derecho”³⁰⁶, acotándose “que el artículo 1079, Código Civil exige en el titular sólo la lesión a un simple interés, siempre que éste

³⁰³ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 159, N° 339.

³⁰⁴ BORAGINA, Juan Carlos, *El daño. Concepto y especies en “Derecho Privado” (Libro homenaje a Alberto J. Bueres)*, dir. por Oscar Ameal y coord. por Dora M. Gesualdi, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 72.

³⁰⁵ CSJN, 25-9-2001, “Ahumada, Lía c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 324:2984; en el mismo sentido: CSJN, 11-9-86, “Montini, Julio c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L. L. 1987-A-373, E. D. 123-491.

³⁰⁶ SCJBA, 19-2-2002, “Pensa, Ana J. c/Tristán, Fernando J.”, Ac. 75.617, por mayoría, Abeledo-Perrot, N° 14/79733.

no responda a una causa ilícita o inmoral³⁰⁷. Se trata de una postura arraigada desde hace tiempo en la jurisprudencia³⁰⁸ y en la doctrina³⁰⁹. Esta tesis prevalente afirma que no es exigible que el interés tenga categoría de derecho subjetivo ya que “se protege al interés lícito, aunque no surja de norma legal o convencional, pero a condición de que sea un interés lícito, cierto y de magnitud o relevancia”³¹⁰. Se trata de los intereses “simples” (por no gozar de un reconocimiento legal específico) siempre y cuando no sean en sí ilegítimos, “no estén repudiados por el Derecho”³¹¹. No hay daños jurídicos a los efectos resarcitorios sino daños “antijurídicos”³¹², por afectación a “intereses suficientemente estables y ciertos, que no sean ilegítimos”³¹³. “El daño no es la supresión de un bien, sino su disminución o pérdida de idoneidad para satisfacer las necesidades del lesionado”³¹⁴, por lo que no es razonable “dejar al desamparo de un adecuado resarcimiento la frustración, menoscabo o pérdida de bienes jurídicos que el damnificado obtenía ejerciendo facultades de actuar no reprobadas por el Derecho”³¹⁵. Así, el

³⁰⁷ Causa cit. supra, voto del juez De Lazzari de adhesión a la mayoría.

³⁰⁸ CNCCom., sala B, 7-2-89, “Muraro, Heriberto c/Eudeba, SEM”, L. L. 1989-D-288, con nota de Jorge Bustamante Alsina; CNCiv., sala D, 14-5-97, “L. G. c/Municipalidad de Buenos Aires”, L. L. 1997-E-54; íd., 25-3-97, “Wirtz, Daniel O. c/Leader Music SA y otros”, L. L. 1997-D-752.

³⁰⁹ ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 6, 26, 31 y ss.; STIGLITZ, Gabriel, *La responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 23; IRIBARNE, Héctor P., *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 435; MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1971, vol. 2, p. 9; AGOGLIA, María M., *El daño jurídico*, Enfoque Actual, Buenos Aires, 1999, p. 59.

³¹⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *Determinación del interés resarcible: jurídico o simplemente de hecho*, en L. L. 1992-E-7.

³¹¹ STIGLITZ, Gabriel A., *El Derecho de Daños en su cabal función (Legitimación de la concubina)*, en L. L. 1992-B-172.

³¹² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daños derivados de la muerte del concubino o concubina*, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, t. I, p. 132.

³¹³ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños cit.*, t. I, p. 256.

³¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte del hermano*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, t. IV, p. 19.

³¹⁵ ZANNONI, Eduardo A., *Daño e intereses*, en J. A. 1984-IV-538.

daño es un concepto jurídico abierto e indeterminado cuyo contenido deben concretizar hermeneúticamente los jueces, en base a la prudencia y a las circunstancias del caso³¹⁶.

El Código actual protege al interés afectado y, por añadidura, al derecho subjetivo, atendiendo así a la evolución doctrinaria y jurisprudencial –elaborada especialmente en torno al anterior artículo 1079 para admitir la legitimación del damnificado indirecto (particularmente de la concubina)– que pone el foco en la juridicidad del interés legítimo o simple o de hecho en la medida que no sea contrario al ordenamiento jurídico. Precisamente ese argumento es el que sustentó el criterio que admite la legitimación de la conviviente para reclamar el resarcimiento del daño derivado del fallecimiento de su compañero: no se trata de un derecho subjetivo, esto es un derecho reconocido expresamente por una norma, sino de un interés que no es ilícito por no resultar contrario ni a la moral ni a las buenas costumbres.

La segunda característica que tipifica al daño es la inclusión de los bienes tutelados. Según el diccionario, “bienes” son las cosas materiales y las inmateriales objeto de derechos, y el Código señala cuáles son los bienes protegidos como asiento u objeto sobre el que recae el perjuicio: la persona, el patrimonio y los bienes colectivos. Ello es concordante con la recepción normativa de los derechos y bienes individuales y colectivos que reconoce el Título Preliminar (Caps. 3 y 4), en base al paradigma colectivo y a la primacía de la persona humana. Cabe enfatizar la fuerte presencia del derecho colectivo en el nuevo derecho privado y el reconocimiento de los derechos individuales y de los derechos de incidencia colectiva (los que tienen por objeto los bienes colectivos, como el ambiente, la competencia, la transparencia del mercado, etc.; arts. 14 y 15), los derechos sobre los bienes susceptibles de valor económico o patrimoniales (arts. 15 y 16), los derechos sobre bienes no patrimoniales (arts. 17 y 1741) y los derechos colectivos de las comunidades indígenas con el alcance previsto (art. 18).

³¹⁶ Ver IRIBARNE, *De los daños a la persona cit.*, ps. 23, 435; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones cit.*, t. 2, p. 476; TRIGO REPRESAS, Félix, en CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, 3ª ed., t. 4.

2. En suma, el artículo 1737 concibe al “daño” del modo siguiente: es resarcible el daño individual o colectivo, no repudiado o no reprochado por el ordenamiento jurídico. Se pondera especialmente la entidad del interés tutelado o protegido del damnificado. El rasgo sobresaliente es la atendibilidad del interés, su juridicidad, que es el elemento que tipifica al daño. Daño es la lesión a un interés jurídico que puede recaer en alguno o en todos los bienes jurídicos reconocidos (el patrimonio, la persona y los bienes colectivos).

III.3) *Daño colectivo*

1. El daño-lesión puede ser individual o colectivo. En el individual se afecta un derecho o un interés lícito y no contrario a derecho que tiene por objeto el patrimonio o la persona; en el colectivo se afecta un derecho o un interés que recae sobre un bien de incidencia colectiva. En todos los casos la indemnización (el daño-consecuencia) es patrimonial o no patrimonial, no reconociéndose autonomía resarcitoria a los daños a las personas que siempre serán moral o patrimonial, uno u otro, o ambos.

Anticipamos que el daño colectivo está reconocido expresamente en el nuevo Código (cuando se lesiona un derecho de incidencia colectiva). Sin embargo cabe puntualizar que se trata del daño colectivo en sentido estricto o daño colectivo sobre bienes colectivos o derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos.

Es importante recalcar que en la actualidad se conciben tres clases de derechos: 1) individuales; 2) individuales homogéneos o derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos, y 3) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o derechos colectivos³¹⁷. La primera categoría, los “derechos individuales”, son derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales que se debaten en un proceso bilateral, aun cuando concurren pluralidad de sujetos (actores o demandados) y de litisconsorcio activo o pasivo, en el que la obligación disputada es única,

³¹⁷ Ésta es la postura que, en lo sustancial, adoptó por mayoría la Corte nacional en la causa “Halabi” (CSJN, 24-2-2009, “Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873. Dec. 1563/2004”, *Fallos*: 332:111).

dictándose una sentencia con efectos entre las partes. Son los derechos clásicos subjetivos individuales. La segunda categoría corresponde a los “intereses individuales homogéneos”, los que, según la Corte nacional en “Halabi”, se caracterizan del modo siguiente: a) existe un hecho único o complejo que afecta a una pluralidad relevante de derechos individuales divisibles en los que media homogeneidad fáctica o normativa que torna razonable realizar un solo juicio, con efectos expansivos de la cosa juzgada, salvo lo atinente a la prueba del daño individual; b) la pretensión procesal esté concentrada en los elementos homogéneos y comunes (y no en los individuales) de la pluralidad de sujetos derivados del mismo hecho; c) el interés individual aisladamente considerado no justifica la promoción de una demanda por lo que se podría ver afectado el acceso a la justicia; empero la acción colectiva resultará procedente cuando cobran preeminencia aspectos referidos a ciertas materias (como el ambiente, el consumo, o la salud) o se afecta a grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos.

La tercera categoría se refiere a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos que se subdividen en: difusos, colectivos o públicos. Y esta subclasificación atiende a si los derechos son referidos a un grupo indeterminado o de difícil determinación (difusos), a un grupo determinado (colectivos), o a los ciudadanos (públicos)³¹⁸. Lo sobresaliente, destacado por la Corte Suprema en la causa “Halabi”, es que son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (art. 43, Const. Nac.). En los derechos colectivos la tutela recae sobre un bien colectivo y en la acción instaurada lo que prevalece es lo atinente a la incidencia colectiva (y no a los aspectos individuales) del derecho. En la nota esencial de los bienes colectivos, radica en su carácter “no distributivo”. Un bien es un bien colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos.

³¹⁸ GALDÓS, Jorge M., *Los daños masivos. Primeras aproximaciones*, en *Cuestiones modernas de Derecho Civil*, comp. por Juan Carlos Palmero, Advocatus, Córdoba, 2011, p. 289.

2. El esquema de daños del nuevo Código, sobre la base de los bienes jurídicos incluidos, es el siguiente: 1) se reconocen expresamente los daños individuales tradicionales, patrimonial o moral; 2) los daños individuales homogéneos están comprendidos en el sistema porque se trata de una pluralidad de daños individuales, en los que las dificultades que se presentan son más bien de naturaleza procesal (las acciones colectivas suprimidas del Anteproyecto original de la Comisión de Reformas) y además tienen vigencia a partir de su creación pretoriana por la Corte nacional –en la citada causa “Halabi” (Fallos: 332:111)–; 3) los daños colectivos sobre derechos de incidencia colectiva son expresamente receptados por el artículo 1737, entre otros (véase art. 240). El nuevo Código prevé las bases esenciales del daño colectivo que se correlacionan e integran con las disposiciones especiales de ciertos daños colectivos particulares (por ejemplo, legislación ambiental, derecho del consumo, etc.).

III.4) *Daño contractual y extracontractual*

Se debe destacar que la unificación de la responsabilidad civil suprimió las diferencias conceptuales y estructurales entre daño extracontractual y daño contractual, los que quedan asimilados, y se confirió un régimen unitario en los daños a las personas. Sin embargo la uniformidad no significa identidad absoluta ya que subsisten algunas diferencias, las que están previstas en el Código en la problemática del incumplimiento (ver comentario al art. 1732). En tal sentido el principio es la reparación plena del daño en dinero o especie (art. 1740) comprendiendo las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726), salvo dolo en el contrato en cuyo caso también se indemnizan las consecuencias existentes en el momento del incumplimiento (art. 1728). Conforme al artículo 1082 la reparación del daño contractual queda sujeta a las siguientes reglas: *primero*: el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos según el siguiente orden: a) por las disposiciones de cada contrato en particular; b) por las disposiciones del capítulo de los contratos (Libro Tercero, Título II, *Contratos en general*, Capítulo 13, *Extinción, modificación y adecuación del contrato*); c) por las disposiciones generales de la responsabilidad civil (Libro Tercero, Título V, *Otras fuentes de las obligaciones*, Ca-

pítulo 1, *Responsabilidad civil*); *segundo*: la reparación del daño contractual incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado. Además en el incumplimiento de las obligaciones con cláusula penal (art. 1082, inc. c) se aplica la pena o multa que suple la indemnización de los daños (art. 793); el deudor no tiene derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena es insuficiente y el juez puede atenuar la pena (arts. 793 y 794).

III.5) *Daño. Consecuencia*

El distingo entre daño-lesión y sus consecuencias también está presente en supuestos en los que, pese a la existencia de la lesión, la entidad de sus efectos o repercusiones no alcanza para configurar un daño jurídico. Por ejemplo, “Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio” (art. 1971). Del mismo modo en materia de inmisiones no son indemnizables las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos que no excedan la normal tolerancia (art. 1973). En el ámbito de los derechos reales el poseedor o tenedor no puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento y por las suntuarias (art. 1938). El daño jurídico resarcible requiere la lesión, el detrimento, menoscabo o afectación del bien más las consecuencias indemnizables; se trata de dos requisitos inescindibles en los que la ausencia de uno de ellos priva al daño de su rango jurídico.

IV) *Significado de la reforma*

La norma prevé el daño-lesión que lo diferencia del daño-consecuencia; se alude a la indemnización del detrimento o menoscabo causado a una trílogía de bienes tutelados: la persona, el patrimonio y los derechos de incidencia colectiva. El daño causa lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento jurídico, ampliándose el poder jurídico de obrar. Por otro lado se incorpora el

daño colectivo. El daño individual o colectivo puede ser patrimonial y no patrimonial, o ambos.

Art. 1738 *Indemnización.* La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

D) Resumen

La indemnización es la consecuencia, resultado, efecto o repercusión del daño como lesión o detrimento a la persona, al patrimonio o a un derecho de incidencia colectiva. Y esa indemnización es patrimonial o no patrimonial, término este último al que se refiere el artículo 1741. El objetivo de la indemnización es reestablecer a la víctima a la situación anterior al hecho dañoso, fundada en la noción de justicia³¹⁹. Su finalidad es resarcitoria. Sin embargo un sector, más bien minoritario, de la doctrina y jurisprudencia sostiene que el daño moral tiene naturaleza punitiva o mixta (retributiva y sancionatoria)³²⁰ aunque la mayoría participa de la tesis de la función compensatoria del daño moral.

La indemnización tiene carácter patrimonial porque consiste en una obligación de dar (dinero o cosas) o de hacer (reparar el daño, publicar la sentencia condenatoria por daños a la intimidad, etc.). Se sostiene que es subsidiaria porque la víctima puede optar por la reparación en especie, aunque con los alcances que fija el artículo 1740. Se acota también que es accesoria porque su existencia depende de una obligación previa incumplida, sea que se sostenga que se trata de la misma

³¹⁹ ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales* cit., p. 260, N° 580; p. 732, N° 1748 bis.

³²⁰ MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed. reelab., acf. y ampl., Platense, La Plata, 2003, p. 431, con la colaboración de Jorge M. Galdós.

obligación precedente o que ésta modifica su objeto y se convierte en indemnización de los daños causados, tal como lo prevé el artículo 955 para la imposibilidad de cumplimiento contractual por causas imputables al deudor.

II) Concordancias

Incumplimiento (art. 792); relación con la indemnización (art. 793); reparación del daño contractual (art. 1082); requisitos (art. 1739); reparación plena (art. 1740); indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741); prueba del daño (art. 1744); indemnización por fallecimiento (art. 1745); indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Principios generales*

La indemnización comprende los supuestos clásicos de reparación sobre los que media acuerdo en la doctrina y jurisprudencia, aunque esta norma no clasifica expresamente a los daños en patrimoniales y no patrimoniales, tarea que los Fundamentos del Código remiten al quehacer de la doctrina. En cambio distingue y enumera varios de los supuestos indemnizatorios previstos en el código derogado por lo que mantienen vigor las consideraciones elaboradas y más difundidas sobre los requisitos y clases de daños.

Es necesario diferenciar la existencia del daño, que se refiere a su contenido, de la indemnización, reparación o cualificación que alude a su medida o cuantía, la que puede ser judicial (la que se determina en la sentencia), legal (por caso los arts. 15 y 16 de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo), arbitral o convencional (cuando se pacta una pena o multa, arts. 791, 792, 793, 1082).

III.2) *Clases de daños comprendidos*

1. La primera parte del artículo 1738 menciona al daño patrimonial cuando se refiere a la pérdida o disminución del patrimonio y al lucro cesante. En cambio cuando en la segunda parte el artículo enuncia los

daños a la persona humana (violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida); está mencionando a ambos: al patrimonial y al moral. La pérdida de chances también puede ser patrimonial o no patrimonial.

El daño al patrimonio afecta o conculca intereses patrimoniales individuales o colectivos que integran la esfera de actuación lícita del damnificado. El daño patrimonial se bifurca en el daño emergente y el lucro cesante. Según la clásica diferenciación, el daño emergente consiste en el perjuicio efectivamente sufrido, en el empobrecimiento, disminución o minoración patrimonial que produjo el hecho nocivo. El lucro cesante se configura con la pérdida del enriquecimiento patrimonial razonablemente esperado, o sea la frustración de las ventajas, utilidades, ganancias o beneficios de los que se privó al damnificado. Rige aquí el parámetro de la razonabilidad, conforme el curso natural y ordinario de las cosas (art. 1727) en orden a la previsibilidad de las consecuencias (arts. 1725 y 1726). Por ejemplo, las ganancias que no percibirá el dueño de un taxi o remis durante el tiempo en el que el automóvil estará fuera de circulación para ser reparado. Ambos tipos de daños (emergente y lucro cesante) pueden concurrir de modo conjunto o por separado. En los dos casos el daño debe ser cierto al momento de la sentencia.

El daño es no patrimonial, como lo define el artículo 1741, cuando la afectación recae sobre bienes extrapatrimoniales o sobre el denominado patrimonio moral o afectivo de la víctima (por ejemplo, las angustias y aflicciones por las lesiones sufridas en un accidente de tránsito). La denominación daño no patrimonial es equivalente a la de daño moral o extrapatrimonial.

Y la lesión de la persona humana en su integridad y plenitud puede generar indemnización patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y moral.

2. En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras, en las que lo que se indemniza no es todo el beneficio esperado (caso del lucro cesante) sino de la oportunidad perdida; el ejemplo típico del caballo de carrera que no llega a tiempo para la competencia hípica privando a su dueño de la ex-

pectativa de ganar el premio; el empleado que por las secuelas permanentes no podrá ascender en el escalafón laboral; el jugador de fútbol que no pudo continuar con su carrera deportiva ascendente; el daño material de los padres por la muerte de su hijo menor. La pérdida de chances puede tener repercusiones patrimoniales o no patrimoniales, como el padecimiento y aflicción por la pérdida de la capacidad de engendrar.

3. El denominado daño moral comprende todas las repercusiones no patrimoniales, algunas de las que el artículo 1738 enumera enunciativamente: los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y la interferencia de su proyecto de vida o plan existencial vital de la persona. Se trata, en definitiva, de las amplias derivaciones de la lesión de los derechos personalísimos o de la personalidad cuando se afecta la plenitud de la vida, su dignidad (como lo prevén los arts. 51, 52 y concs.) o la vida privada (como dice el art. 1770), la integridad corporal o incolumidad psicofísica, la intimidad, el honor, etcétera. La referencia del texto a las afecciones espirituales legítimas le confiere al daño moral un contenido amplio, abarcativo de todas las consecuencias no patrimoniales. En ese sentido ha descendido notoriamente el "piso" o "umbral" a partir del cual las angustias, molestias, inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etcétera, determinan el nacimiento del daño moral, acentuándose la protección de la persona humana. Incluso el eje ha girado desde el inicial "precio del dolor" al actual "precio del consuelo", llegándose también a sostener la existencia de "daños morales mínimos", en base a la constitucionalización de la tutela de la persona humana³²¹.

4. También se esbozaron otras clasificaciones de daños: directo (el que sufre la víctima inmediata) o indirecto, contractual y extracontractual, a las personas y las cosas, propio y ajeno, individual y colectivo, etcétera.

³²¹ Ver GALDÓS, Jorge M., "Cuándo" y "quién" por daño moral, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2009, t. III, p. 1659; *Afección al espíritu de la persona. Legitimados para reclamar el daño moral, en Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, coord. por Darío J. Graziabile, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 145.

III.3) *Los daños a las personas. Su constitucionalización*

El artículo confiere una amplia protección a la persona humana porque parte de la concepción de la primacía de la tutela de la persona como valor absoluto³²². Se trata del tránsito "de la concepción de la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona" porque el derecho a la vida –resolvió la Corte nacional– es "el primer derecho de la persona humana preexistente a toda la legislación positiva y resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes"³²³; "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respeto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"³²⁴. La cuestión resulta notoriamente incidida por la constitucionalización del derecho civil privado patrimonial y de los derechos humanos fundamentales, especialmente después de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, que otorgó jerarquía superior a varios tratados y convenciones (art. 75, incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.). La enfática o preferencial protección de la persona no significa conferirle autonomía resarcitoria distinta y adicional de la clasificación bipartita, única admitida por el Código: daño a las personas que repercute en el patrimonio o en la esfera moral o en ambas.

IV) Significado de la reforma

La norma sigue la tradición mayoritaria del derecho argentino y el daño es patrimonial y moral; uno y otro o uno u otro, ya que no existen terceras categorías de daños autónomamente resarcibles, aunque la independencia conceptual (daño psicológico, daño estético, daño a las personas) tiene utilidad práctica para identificar el objeto de la

³²² II Congreso Internacional de Daños de 1991.

³²³ CSJN, 6-11-80, "Sagüir y Di Claudia, G.", voto concurrente de los jueces Frías y Guastavino, *Fallos*: 302:1285; 27-1-87, "Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c/Nación Argentina", *Fallos*: 310:113.

³²⁴ CSJN, 6-4-93, "Bahamondez, Marcelo s/Medida cautelar", votos concurrentes, *Fallos*: 316:479.

lesión. Pero a la hora de su cuantificación el monto se deriva al daño patrimonial y al moral, a uno de ellos o a ambos conjuntamente (caso de la incapacidad permanente que repercute en el patrimonio y en la esfera moral).

Art. 1739 *Requisitos.* Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

D) Resumen

Los requisitos del daño resarcible son los aceptados en la literatura jurídica argentina: certeza, personalidad y subsistencia. Además, y siguiendo también los criterios más difundidos, se determinan los presupuestos de la chance como daño jurídico.

II) Concordancias

Relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); previsibilidad contractual (art. 1728); concepto de daño (art. 1737); indemnización (art. 1738); reparación plena (art. 1740); indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741); prueba del daño (art. 1744); indemnización por fallecimiento (art. 1745); indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los requisitos del daño resarcible.*

La pérdida de la chance resarcible

1. La certeza o certidumbre del daño alude a su existencia, esto es que el daño debe ser real y efectivo por oposición a daño hipotético o conjetural, a mera posibilidad de acaecimiento. El daño es cierto aunque no sea liquidable al momento de su realización. Por otro lado no debe confundirse la certeza del daño con el daño futuro: el daño

cierto puede ser presente o actual si ya se produjo, o futuro cuando se producirá segura o probablemente con posterioridad a la sentencia. Es que el daño futuro es un daño cierto cuyos efectos se prolongarán o presentarán inequívocamente más adelante.

La pérdida de chance también reúne el presupuesto de la certeza porque la frustración de la probabilidad u oportunidad de su realización siempre es cierta. En la chance existe certidumbre sobre pérdida de las expectativas o de las probabilidades objetivas de obtener un beneficio económico o una ganancia.

En suma, el daño cierto (el daño que existe) puede ser actual, es decir que ya se produjo o que se producirá necesariamente antes de la sentencia, que es la que determina su futuridad. El daño cierto futuro es el que se producirá inexorablemente después del pronunciamiento judicial. Cabe acotar que en los intereses difusos o colectivos el daño es igualmente cierto aunque su titularidad sea compartida y el objeto de la lesión no sea exclusivo o excluyente de uno o varios.

La personalidad del daño significa que se afecta un interés propio, directo o indirecto, individual o colectivo de la víctima que resulta titular del interés lesionado y que obtiene legitimación para demandar su reparación. El damnificado directo es la víctima inmediata, aquel sobre el cual recae el daño en sus bienes o persona (el menor con severa discapacidad permanente a raíz de una mala praxis médica) y el indirecto, la víctima mediata, o sea los terceros cuyos intereses lícitos también resultan afectados; son los damnificados sobre los que el detrimento repercute "por rebote" (los padres de ese menor). Pueden coexistir varios damnificados directos con varios indirectos, todos los que tienen acciones independientes. El interés conculcado siempre es personal, aun en los supuestos de daños colectivos en los que el requisito de la personalidad del daño está presente porque ese interés es común o compartido, aunque la titularidad del bien no sea propia.

Finalmente el daño es subsistente si no desapareció, es decir si no se reparó al momento en que debería ser resarcido. Se mantiene vigente el daño si la propia víctima afrontó por sí (por ejemplo el damnificado que hizo reparar y pagó los gastos del auto chocado) o si lo hizo un tercero que puede subrogarse en sus derechos, verbigracia, los sueldos que pagó el empleador a su dependiente durante el lapso de convale-

cencia de un accidente provocado por un tercero; el asegurador que paga el siniestro o la aseguradora de riesgos del trabajo que pagó las prestaciones a las que estaba obligada y puede repetir del autor del daño (art. 39, inc. 5°, ley 24.557). Si el dañador o responsable no indemnizó el daño, queda subsistente porque no se lo canceló y se mantiene con independencia de que la víctima o un tercero hubieran logrado el reestablecimiento de la situación material al momento anterior al hecho lesivo.

Algunos autores añaden otros requisitos del daño: su adecuación al régimen de las consecuencias previstas legalmente, la seriedad o significación (que llevaría a excluir los daños menores o pequeños daños, según la tesis que lo pregona y que no es mayoritaria) y la lesión al interés, que en realidad más que requisito es elemento constitutivo del daño como presupuesto de la responsabilidad civil. Otros autores aluden a la injusticia del daño que supone prescindir de la antijuridicidad ya que sostienen que lo que determina que el daño sea injusto no es la protección que el ordenamiento jurídico le confiere al interés menoscabado sino la entidad del interés del lesionado, propiciándose eliminar a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Este criterio no ha sido seguido por el nuevo Código, que prevé expresamente el requisito de la antijuridicidad en el artículo 1717.

2. En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras; el ejemplo típico del caballo de carrera que no llega a tiempo para la competencia hípica privando a su dueño de la expectativa de ganar el premio; el empleado que por las secuelas permanentes no podrá ascender en el escalafón laboral; el jugador de fútbol que no pudo continuar con su carrera deportiva ascendente; el daño material de los padres por la muerte de su hijo menor. La pérdida de chances puede tener repercusiones patrimoniales o no patrimoniales como el padecimiento y aflicción por la pérdida de la probabilidad de contraer matrimonio o constituir pareja.

El monto o cuantía de la chance indemnizable no es el equivalente a todo el beneficio esperado como en el lucro cesante; por ejemplo todos los sueldos no percibidos durante la convalecencia de la víctima. En la chance frustrada lo indemnizable no es la ventaja misma (el total del premio de la competencia hípica no cobrado por la imposibi-

lidad de que el caballo participe en el evento), sino *la probabilidad* de obtener el beneficio, el que siempre será más reducido o más bajo que la totalidad de la ventaja (el porcentaje de probabilidad de ganar el premio, por ejemplo del 30%, 45%, etc., dadas las menores condiciones del caballo para ganar la carrera en comparación con los restantes que compitieron). La indemnización consiste en el valor de la posibilidad, por lo que la indemnización será necesariamente menor que el resarcimiento. Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida³²⁵, lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación³²⁶. Algunos autores señalan que parece más razonable hacer pesar una responsabilidad mayor en quien incumple un contrato que en quien comete un hecho ilícito; no resulta injusto ser más riguroso respecto de quien se comprometió a cumplir una prestación con conocimiento exacto de lo que estaba en juego³²⁷. La Corte nacional sostiene “que si de lo que se trata es de resarcir la chance que por su propia naturaleza es sólo una posibilidad, no puede negarse indemnización” con el argumento de que es imposible asegurar que el resultado final se producirá, por ejemplo que de la muerte que de un menor vaya a resultar perjuicio, “pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de chance de cuya reparación se trata. Es dable admitir la frustración de una posibilidad de ayuda futura y sostén para los progenitores [...] lo que resulta verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde”³²⁸. En otras palabras, en la chance se frustró la probabilidad objetiva cierta –y no la mera posibilidad– de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad sea suficiente pero superando el grado de mera conjetura o hipótesis³²⁹.

³²⁵ MAYO, Jorge A., *La pérdida de “chance” como daño resarcible*, en L. L. 1989-B-102.

³²⁶ PIAGGIO, Anibal, *Azar y certeza en el Derecho de Daños*, en E. D. 152-815.

³²⁷ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. I, p. 164, N° 150.

³²⁸ CSJN, 13-3-2007, “A. L. R. y otro c/Provincia de Buenos Aires”, voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Fayt, MJJ11703, con reenvío a *Fallos*: 303:820 y 308:1160.

³²⁹ Sobre el tema ver: ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible. Actos ilícitos*, 2ª ed. rev. y act., Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 97; SCJBA, 29-6-65, Ac. 6957; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Frustración de una chance por error en el diagnóstico*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños* cit., t. IV, p. 73, y en L. L. 1982-D-475; CAZEAUX, Néstor P., *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance*, en *Temas de responsabilidad civil*, en homenaje a Augusto M. Morello, Platense, 1981, p. 28.

IV) Significado de la reforma

La reforma al determinar los requisitos mínimos del daño resarcible le confiere claridad conceptual y lo hace recogiendo los consensos anteriores.

Art. 1740 Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

I) Resumen

La norma reafirma el principio receptado por el código derogado a partir de la reforma de 1968: la reparación del daño debe ser plena o íntegra, en dinero o en especie, recayendo en la víctima la opción por una u otra modalidad, salvo que la restitución en especie resulte abusiva para el deudor en cuyo caso sólo procederá en dinero. Además, y cuando se trata de la violación de los derechos personalísimos, dada la primacía de la tutela de la persona humana, la condena comprende también la publicación de la sentencia condenatoria, en sentido acorde con la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II) Concordancias

Efectos con relación al acreedor (art. 730); intereses punitivos (art. 769); anatocismo (art. 770); facultades judiciales (art. 771); relación con la indemnización (art. 793); ejecución (art. 794); casos en

Estudios sobre responsabilidad por daños cit., t. IV, p. 73, y en L. L. 1982-D-475; CAZEAUX, Néstor P., *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance*, en *Temas de responsabilidad civil*, en homenaje a Augusto M. Morello, Platense, 1981, p. 28.

los que se las tiene por no convenidas (art. 1038); cláusulas limitativas de la responsabilidad (art. 1292); cláusulas que reducen la responsabilidad (art. 1374); establecimientos y locales asimilables (art. 1375); límites de responsabilidad del prestador de servicio de caja de seguridad (art. 1414); atenuación de la responsabilidad (art. 1742); dispensa anticipada de la responsabilidad (art. 1743); indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746); daños causados por actos involuntarios (art. 1750). Constitución Nacional (arts. 17 y 19).

III) Interpretación de la norma

III.1) ¿Qué es la reparación plena?

1. El derecho de la víctima de acceder a la justicia para obtener compulsivamente de su deudor las indemnizaciones correspondientes (art. 730, inc. c), y que éstas sean completas, proviene de la Constitución Nacional, del principio general de no dañar (art. 19, Const. Nac.), e incluso se afirma que se trata de un derecho inferido de la garantía de la propiedad (art. 17) y de igualdad ante la ley (art. 16, CN) o un derecho constitucional autónomo emergente de los derechos implícitos (art. 33). Además opera la constitucionalización del derecho civil privado patrimonial y de los derechos humanos fundamentales, especialmente después de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.). Igualmente debe remarcarse que el Código actual recepta expresamente la referida constitucionalización del derecho privado –o sea la comunicabilidad entre las esferas públicas y privadas– en el marco de un sistema de fuentes (el denominado diálogo de fuentes), conforme lo prevén los artículos 1º, 2º y 3º del Código.

El principio de la reparación plena presenta algunas dificultades conceptuales y prácticas. Inicialmente debe distinguirse la valoración del daño de la cuantificación de su indemnización: “valorar el daño importa la determinación cualitativa previa de su existencia, naturaleza, contenido intrínseco y extensión” y “cuantificar la indemnización significa establecer el monto reparatorio”³³⁰. Por eso cuando se afirma

³³⁰ XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora, 9-11-2007, Comisión N° 2: Obligaciones, *Cuantificación de la indemnización por daños personales*.

que la reparación debe ser plena, íntegra o integral se sostiene que debe indemnizarse todo el daño causado. Pero todo el daño no significa la totalidad del daño material y moral, sino que se alude a todo el daño jurídico. Ésta es una precisión necesaria: “la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material sino, como es obvio, jurídica, es decir siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en derecho”³³¹. De este modo el daño jurídico reconoce como primer límite la relación de causalidad adecuada que constituye una valla al alcance o extensión de las consecuencias resarcibles, conforme el sistema de los artículos 1726 y 1727. Además de la relación causal, otra limitación aparece en la intensidad del interés tutelado ya que en varios supuestos taxativamente previstos puede haber daño pero no indemnización cuando no existe interés jurídico tutelable, en cuyo caso se suele hablar de “daño no jurídico”³³². También debe ponderarse que, como lo expresan los Fundamentos del Código, en el derecho comparado existen diversas soluciones legislativas para el mismo problema, por ejemplo los accidentes de la circulación en algunos países son incluidos en la seguridad social y en otros en un régimen especial en el seguro. Igualmente el criterio general del resarcimiento pleno coexiste con los regímenes microsistémicos que, por diversos fundamentos, en ciertos casos prevén limitaciones, cualitativas o cuantitativas.

2. La Corte nacional sostiene que “la indemnización debe ser integral o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización”³³³, “puesto que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”³³⁴. También denominó al principio indemnización plena³³⁵, lo

³³¹ ORGAZ, *El daño resarcible. Actos ilícitos cit.*, p. 287.

³³² LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil cit.*, p. 121.

³³³ CSJN, 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, *Fallos*: 327:3753, L. L. 2005-A-230.

³³⁴ CSJN, 26-6-67, “Provincia de Santa Fe c/Nicchi, Carlos Aurelio”, *Fallos*: 268:112, considerandos 4 y 5.

³³⁵ CSJN, 23-11-89, “Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 312:2266; 15-7-97, “Roig de Orge, Noemí Nérida c/Provincia de Buenos Aires”.

invocó en “Santa Coloma”³³⁶, y en varios precedentes³³⁷, y puso de relieve su jerarquía constitucional³³⁸. Más recientemente reafirmó su vigencia al analizar su aplicación en las relaciones laborales y decretar la inconstitucionalidad de la ley que lo vulnera, abandonando la doctrina anterior más restrictiva³³⁹.

En la doctrina se afirma que el principio de la reparación integral supone: indemnizar el daño emergente y el lucro cesante; la necesidad de estimar los daños al momento de la sentencia, la fijación de intereses sobre la indemnización, la reparación del daño futuro y de la pérdida de las chances³⁴⁰. En sentido concordante está difundido el criterio de que la reparación íntegra se asienta en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto, y la reparación no debe ser superior al daño sufrido³⁴¹.

³³⁶ CSJN, 5-8-86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, E. D. 120-651, con nota de Guillermo Borda; *Fallos*: 308:1160; L. L. 1987-A-442.

³³⁷ CSJN, 19-12-95, “H. B. T. y otra c/Roveda, Arturo N.”, L. L. 1996-C-489, D. J. 1996-2-325; “Lew, Benjamín, Jorge y otro c/Estado Nacional. Ministerio del Interior. Policía Federal s/Beneficio de litigar sin gastos”, *Fallos*: 320:2001; 17-9-96, “Empresa Ferrocarriles Argentinos c/Gálvez, Orlando y otros”, L. L. 1997-B-431; E. D. 174-42, con nota de Jorge Bustamante Alsina; 24-8-95, “P., F. F. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L. L. 1995-E-17; 24-8-95, “P. F. F. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L. L. 1995-E-17; 21-9-2004, “Aquino Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, E. D. 210-881, L. L. 2004-F-90.

³³⁸ CSJN, 24-8-95, “Pérez, Fredy Fernando c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/Surnarios”, *Fallos*: 318:1599; 13-12-78, “Fuentes de García, María E. c/Estado Nacional”, *Fallos*: 300:1254; 3-4-86, “López, Salvador Eduardo”, *Fallos*: 308:463, L. L. 1987-B-583; 10-4-2007, “Soria, Jorge L. c/RA y CES SA y otro”, *Fallos*: 330:1550.

³³⁹ CSJN, 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, *Fallos*: 327:3753, L. L. 2005-A-230, en la que decretó la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo y abandonó la doctrina anterior (CSJN, 1-2-2002, “Gorosito, Juan R., Riva SA y otros”, *Fallos*: 325:11, L. L. 2002-A-963).

³⁴⁰ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. II, p. 495, y t. I, p. 162, N° 150.

³⁴¹ PIZARRO, Ramón D., *El principio de la reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva*, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998; MORELLO, *Indemnización del daño contractual* cit., p. 228.

Puede decirse de modo genérico que la reparación plena implica la razonable equivalencia jurídica entre el perjuicio y el daño, con las limitaciones igualmente razonables que impone el ordenamiento jurídico. Se trata, en suma, del reestablecimiento de la situación preexistente al hecho lesivo, sea mediante el pago de una suma de dinero o de obligaciones de hacer o de dar para recomponer en especie el estado anterior, con las limitaciones cualitativas y cuantitativas que sustentadas en el principio de razonabilidad establece el ordenamiento jurídico. En todos los casos se atiende a la entidad y ponderación de los bienes en juego, por lo que se impone mayor rigurosidad en la apreciación de las limitaciones cuantitativas inherentes a la persona humana y al trabajo, como incluso lo receptó la jurisprudencia de la Corte nacional³⁴².

3. Según lo describe el artículo 1740 la indemnización es completa cuando se restaura o repone la situación precedente al hecho nocivo. Por ello mantienen vigencia todas las anteriores consideraciones acerca del alcance y contenido del precepto en análisis.

La norma no establece prevalencia de una modalidad sobre otra (en dinero o en especie) porque de lo que se trata es de la “restitución de la situación del damnificado”; sin embargo la condena a pagar, que es la habitual y más usual, será la regla en los casos en que el reintegro (por ejemplo, un objeto no fungible) torne abusivo el ejercicio de ese derecho o resulte excesivamente oneroso para el deudor (por ejemplo, arreglar un vehículo antiguo puede ser más caro que comprar otro de características similares). En ese supuesto la indemnización será en dinero, pudiendo actuar la facultad del juez.

III.2) Excepciones al principio de la reparación plena

1. Las limitaciones cuantitativas que establecen topes o límites pueden provenir del sistema de derecho común o de la legislación especial. Así, el resarcimiento íntegro, que también se puede llamar repara-

³⁴² Ver CSJN, 7-9-2004, “Castillo, Ángel c/Cerámica Alberdi SA”; 26-10-2004, “Milone, Juan Antonio c/Asociart SA”; 12-6-2007, “Losco, Raúl c/Irmi SA”, *Fallos*: 330:2696, y “Cachambí, Santos c/Ingenio Río Grande SA”, *Fallos*: 330:2685; 18-12-2007, “Silva, Facundo Jesús c/Unilever”, *Fallos*: 330:5435; 18-12-2007, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina SA y otro”, *Fallos*: 330:5435.

ción o indemnización completa, admite ciertos supuestos de limitación previstos expresamente en el nuevo Código por razones de equidad (art. 1742), por daño involuntario (art. 1750) en estado de necesidad (art. 1718, inc. c) o de fuente convencional (art. 1743). En algunos casos las cláusulas limitativas de responsabilidad se tienen por no escritas cuando afectan bienes indisponibles o la especial tutela de la persona humana, como por ejemplo en la responsabilidad en el transporte de personas por los daños corporales o muerte (art. 1292), en el contrato de caja de seguridad que exceda el monto máximo informado siempre que no desnaturalice la obligación (art. 1414), en la responsabilidad del hotelero (art. 1374) y de los establecimientos equiparados (art. 1375). En la obligación de saneamiento se tienen por no convenidas las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad si el enajenante conoció o debió conocer la existencia de vicios o el peligro de evicción, o si el enajenante actúa profesionalmente, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente (art. 1038)³⁴³. Otras disposiciones confieren validez a acuerdos que determinen anticipadamente el cuántum del perjuicio en la medida de su razonabilidad, por ejemplo en la cláusula penal o en los intereses punitivos, admitiendo la facultad judicial de morigeración (arts. 769, 770, 771, 793, 794).

2. La legislación especial también prevé supuestos particulares en los que por diversas razones la indemnización tiene topes limitativos o se trata de resarcimientos propios de la seguridad social o fundados en la solidaridad (v. gr., daños nucleares, Convención de Viena de 1963, ratificada por leyes 17.048 y 25.313 [art. V]; transporte aéreo internacional, Convenio de Varsovia, ratificado por ley 17.386 [art. 22]; transporte aéreo nacional, Código Aeronáutico, ley 17.285 [arts. 144, 145 y 160]; transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, Convenio de Atenas, ley 22.718 [arts. 7º, 8º, 278, 331]; accidentes y riesgos del trabajo, ley 24.557). Además algunas leyes fijan sumas determinadas en concepto de subsidios o pensiones (por ejemplo, subsidio por hechos terroristas -ley 20.007-; o por haber actuado en el conflicto de Malvinas -ley 22.674-; pensión a familiares de desaparecidos -ley 23.466-, entre otros).

³⁴³ Ver también los supuestos mencionados supra de los arts. 1276, 1291, 1313.

III.3) *Dos notas destacadas*

La previsión de la norma corresponde al artículo 1083 del código derogado, que fijaba el criterio contrario: la indemnización era en especie y consistía en la reposición de las cosas al estado anterior, salvo que resultara imposible, en cuyo caso se fijaba en dinero. También el damnificado podía optar por la indemnización en dinero. Ahora, el artículo 1740 regla que la indemnización debe ser plena o completa, y que de las dos modalidades, en especie o en dinero, el derecho de opción recae en el deudor. No podrá indemnizarse en especie si esa forma de resarcimiento resulta abusiva o excesivamente onerosa para el deudor.

La reparación en especie, *in natura*, o en forma específica presupone volver las cosas al estado anterior pero está sujeta a algunos requisitos: 1) debe mediar pedido de parte; 2) posibilidad material y jurídica (por ejemplo, no es posible en los daños morales o en la violación de los derechos personalísimos); 3) no debe resultar excesivamente onerosa o abusiva para el deudor. Importa pagar por equivalencia la totalidad de los daños, valuados en dinero, en una suma única y completa que no excluye los supuestos de pago mediante una renta mensual. Ambas modalidades tienen la misma jerarquía, no son incompatibles entre sí y pueden coexistir (por ejemplo, entregar una prótesis y dar una suma de dinero por el resto de los daños).

También integra el mentado principio la publicación de la sentencia condenatoria o rectificatoria (o su equivalente, por ejemplo, el acuerdo transaccional) en la violación de los derechos de la personalidad.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1740 reafirma el principio de la reparación plena o completa del daño, receptando la doctrina y jurisprudencia anterior y precisando la regla: la indemnización puede ser tanto en dinero o en especie, la opción corresponde al deudor y tiene el límite de que la indemnización en dinero resulte abusiva o excesivamente onerosa. En tal caso la cuestión queda sometida a apreciación judicial. Además se agrega que en caso de afectación de derechos personalísimos la condena se complementa con la publicación de la sentencia.

Art. 1741 *Indemnización de las consecuencias no patrimoniales.* Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

I) Resumen

El artículo regula la legitimación activa para reclamar el daño no patrimonial. Se mantiene la legitimación del damnificado directo y se prevé la del indirecto sólo en dos supuestos: si la víctima sufre gran discapacidad o en caso de muerte, en cuyos casos se confiere la habilitación legal a los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible. Además se fija como parámetro para cuantificar el daño moral el denominado "precio del consuelo", o sea las satisfacciones sustitutivas y compensatorias de índole espiritual, recreativo o de esparcimiento que el damnificado puede obtener mediante el dinero. La acción es transmisible sólo si la promovió el legitimado en vida.

II) Concordancias

Concepto de daño (art. 1737); indemnización (art. 1738); requisitos (art. 1739); reparación plena (art. 1740).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Antecedentes*

1. El código derogado contemplaba lo relativo a la legitimación por daño moral en el artículo 522 para el contractual y en el artículo

1078 para el extracontractual. El primero preveía que el juez "puede" (en realidad se entendía que no era facultativo sino imperativo, el juez "debe") condenar al responsable a la reparación del agravio moral en caso de incumplimiento contractual, "de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso". Inicialmente se sostuvo que su procedencia en el ámbito contractual era más bien restrictiva, pero luego se la generalizó en los incumplimientos de los contratos de consumo y en los contratos no paritarios. En el ámbito extracontractual el artículo 1078 del código derogado confería legitimación activa sólo al damnificado directo o inmediato, y en caso de muerte de la víctima habilitaba sólo a los "herederos forzosos". Se entendía que revestían esa condición no sólo los legitimarios con vocación hereditaria efectiva al momento del fallecimiento sino todos los legitimarios potenciales o eventuales (cónyuge, ascendientes, descendientes). También el artículo 1080 derogado admitía que el marido y los padres podían reclamar por las injurias morales contra su esposa y los hijos. El artículo 1099 concedía la acción a los herederos y sucesores universales de la víctima fallecida sólo si había sido interpuesta en vida por el causante. La última parte del actual artículo 1741 continúa con este último criterio.

2. Prevalcía la opinión de que la legitimación acotada del artículo 1078 del código derogado era irrazonable. Por ello se esbozaron diversas posturas tendientes a ampliarla ya que, por ejemplo, se denegaba la legitimación al conviviente, al esposo por el atentado al pudor sexual de la esposa, a los padres y hermanos en caso de gran discapacidad del hijo, a los hermanos y padres de crianza en caso de fallecimiento. Una posición sostuvo que en varios supuestos —particularmente de responsabilidad por mala praxis médica— podía resultar de aplicación el artículo 522 relativo a los contratos, el que no tenía limitaciones acerca de la legitimación; sin embargo se abrían dos criterios: uno, más acotado, afirmaba que se trasladaba al ámbito contractual la restricción del artículo 1078 del código derogado que circunscribía la legitimación al damnificado directo, salvo fallecimiento; otro, más amplio, sostenía que el anterior artículo 522 no contenía las limitaciones del artículo 1078. Una segunda posición acudía al artículo 1079 del código derogado para legitimar a ciertos damnificados

indirectos (v. gr., a la concubina) pese a no ser la norma específica en materia de daño moral extracontractual. También se recurría a una interpretación que ampliaba la noción de damnificado directo, a otra que pregonaba la aplicación de la estipulación a favor de terceros, e incluso se postulaba la autonomía resarcitoria de ciertos daños a las personas³⁴⁴. Finalmente la posición que prevalecía sostenía que la limitación injusta de la legitimación por daño moral del anterior artículo 1078 debía resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de esa norma. Y, por esta vía, se reconoció el derecho resarcitorio de la conviviente³⁴⁵, de los padres por la gran discapacidad del hijo que sobrevive³⁴⁶, incluso del hermano, aunque esta última cuestión estaba dividida³⁴⁷.

III.2) *El régimen actual*

El artículo 1741, en base al distingo entre daño-lesión y daño-consecuencia, se refiere al daño no patrimonial que debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial. En realidad la previsión legal sólo alude a la legitimación y no menciona los aspectos conceptuales del daño moral, cuestión que queda librada al aporte doctrinario y jurisprudencial. Por eso subsisten los criterios desarrollados con anterioridad: se ha caracterizado el daño moral como la lesión a un derecho de la personalidad, a un bien extrapatrimonial, a un interés jurídico³⁴⁸, y también

³⁴⁴ Ver GALDÓS, *Afección al espíritu de la persona. Legitimados para reclamar el daño moral* cit., p. 145.

³⁴⁵ CCCom. de Mar del Plata, sala II, 23-11-2004, "R. S. E. c/Bustos, Esteban y otra", L. L. B. A. 2005-134.

³⁴⁶ SCJBA, 16-5-2007, "C., L. A. y otra c/Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros", Ac. C. 85.129, J. A. 2007-III-46.

³⁴⁷ En contra: CNCCom., sala A, 30-12-2008, "Cucciolla, Carlos A. s/Quiebra s/Inc. de revisión", elDial - AA503D; CApel. de Trelew, sala A, 18-3-2009, "G. D. A. y otra c/T. G. y otro", elDial - AA50E9; a favor de la inconstitucionalidad, CNCiv., sala F, 24-8-2009, "Contreras, Mamani y otros c/Muñoz, Cristian y otros", R. C. y S., N° 10, octubre de 2009, p. 98.

³⁴⁸ BUERES, *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la síque, a la vida de relación y a la persona en general* cit., p. 237; ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil* cit., p. 26.

el que acarrea consecuencias en el ámbito extrapatrimonial³⁴⁹. Así, y desde distintas concepciones, se sostuvo que el daño moral es "la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria"³⁵⁰. También que "el daño moral se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales -vida, integridad física o moral, honor, libertad-"³⁵¹. Otra opinión afirma que el daño moral consiste en toda "modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, a consecuencia del hecho y anímicamente perjudicial"³⁵². En base al concepto de daño jurídico del artículo 1737 actual se puede concebir al daño no patrimonial, moral o extrapatrimonial como la lesión a los derechos y a los intereses lícitos no reprobados por la ley que repercuten en la esfera extrapatrimonial de la persona; se conjugan la tesis del daño-lesión (al interés lícito) y el daño-consecuencia (que atiende a las repercusiones, efectos o consecuencias en el patrimonio moral de la persona). También mantienen actualidad la procedencia de los "daños morales mínimos" o "daños morales menores", y las pautas generales para ponderar la existencia y cuantificación del daño moral.

La Corte de la Nación ha destacado -en consideraciones que mantienen vigor- que para la valoración del daño moral debe tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho³⁵³, la lesión en los sentimientos afectivos³⁵⁴, la entidad del sufrimiento

³⁴⁹ Ver PIZARRO, *Daño moral* cit., ps. 36 y ss.; PIAGGIO, Aníbal, *Daño moral y personas privadas de conciencia en estado vegetativo*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 251, N° VIII.

³⁵⁰ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 205.

³⁵¹ ORGAZ, *El daño resarcible...* cit., ps. 223, 242.

³⁵² ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 2, a, p. 49, N° 8; en ese sentido, MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños* cit., t. 4, p. 91.

³⁵³ CSJN, 21-3-95, "Rebesco, Luis M. c/Estado Nacional. Policía Federal", *Fallos*: 318:385.

³⁵⁴ CSJN, 19-10-95, "Badín, Rubén y otros c/Provincia de Buenos Aires", L. L. 1996-C-585, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

miento, su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste³⁵⁵.

III.3) *La legitimación ampliada*

III.3.A) *El damnificado directo*

El artículo 1741 circunscribe la legitimación activa sólo al damnificado directo del hecho nocivo, con exclusión del indirecto; damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso; damnificados indirectos son los demás sujetos distintos de la víctima inmediata que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho; es quien lo sufre por vía refleja³⁵⁶. O sea, en definitiva, subsiste el criterio restrictivo que habilita a reclamar daño moral sólo al damnificado inmediato, salvo las excepciones.

III.3.B) *El damnificado indirecto*

Se establecen dos excepciones que autorizan el reclamo del damnificado indirecto: en caso de fallecimiento de la víctima o de gran incapacidad, supuesto este último que alude a las denominadas grandes discapacidades, en las que la incapacidad permanente es muy severa, del orden del 75% o más. En tales casos el afectado requiere habitualmente de la asistencia de terceros y de prestaciones médicas, kinesiológicas, etcétera, de por vida. Los únicos dos casos que autorizan el reclamo del damnificado indirecto son el fallecimiento y la gran discapacidad de la víctima inmediata; en este último caso concurren ambos conjuntamente —directo e indirecto— (v. gr., los padres con el menor en estado de vida vegetativa). Los damnificados indirectos o mediatos que admite la ley “a título personal, según las circunstancias” son: el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y “quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible”. Este supuesto faculta

³⁵⁵ Fallos: 321:1117, 323:3614 y 325:1156, 308:1109. CSJN, 17-4-97, “Savaro de Caldara, Elsa I. y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 320:536.

³⁵⁶ SCJBA, 16-5-2007, “C., L. A. y otra c/Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios”, Ac. C. 85.129, voto del Dr. De Lazzari, integrando la mayoría, con reenvío a la opinión de Matilde Zavala de González.

el reclamo del conviviente de uno u otro sexo, los hijos de crianza de las familias ensambladas, los hermanos con los que convivía, etcétera.

III.4) *¿Qué son las satisfacciones substitutivas y compensatorias?*

En la actualidad se superó el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba “el precio del dolor” para aceptarse que lo resarcible es el “precio del consuelo” que procura “la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias”; se trata “de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado”, de permitirle “acceder a gratificaciones viables”, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena³⁵⁷.

Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte nacional, “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales”³⁵⁸. Agregó que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido [...] El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos,

³⁵⁷ IRIBARNE, *De los daños a la persona* cit., ps. 143, 153, 401, 599; *La cuantificación del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 197.

³⁵⁸ CSJN, 4-12-2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/Provincia de Buenos Aires y otros”, R. C. y S. 2011-VIII-176, con apostilla de Jorge M. Galdós.

padecimientos y tristeza propios de la situación vivida". En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc.). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia³⁵⁹. Con relación al daño moral colectivo o no patrimonial, la doctrina y jurisprudencia definirá su procedencia como afectación grupal por la lesión de bienes colectivos³⁶⁰.

III.5) *La transmisión de la acción*

Del mismo modo que lo establecía el artículo 1099 del código derogado la acción resarcitoria por daño moral sólo es transmisible a los sucesores si fue deducida en vida por el causante.

IV) Significado de la reforma

La norma amplía la legitimación pasiva por daño no patrimonial, ensanchando la habilitación legal de los damnificados indirectos, y recepta la concepción que atiende a la función compensatoria del daño moral.

³⁵⁹ CNCiv., sala F, 12-3-2004, "García, Ramón Alfredo c/Campana, Aníbal s/Daños y perjuicios", elDial - AA1F9C; íd., 3-8-2004, "T., V. O. y ots. c/M. C. B. A. s/Daños y perjuicios". R. C. y S. 2004-1238; íd., 24-8-2009, "Contreras, Mamani Gregorio y otros c/Muñoz, Cristian Edgardo y otros", R. C. y S. 2009-X-99; CCCom. de Bahía Blanca, sala II, 23-11-2006, "G. S. c/M. J. s/Daños y perjuicios"; íd., 19-9-2006, "B. G. M. c/A., M. E. s/Daños y perjuicios"; CCCom. de Azul, sala II, 10-3-2011, "A. M. A. c/F. N. R. s/Daños y perjuicios", causa 54.544; 9-6-2011, "Benítez, María del Carmen c/Farina, Haydée Susana y otros s/Daños y perjuicios", causa 55.074.

³⁶⁰ Ver GALDÓS, Jorge Mario, *El daño moral colectivo. Su problemática actual*, en *Derecho Ambiental y daño*, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 253; *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, p. 133.

Art. 1742 *Atenuación de la responsabilidad.* El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

I) Resumen

El artículo prevé la indemnización de equidad, antes regulada en los artículos 907 y 1069. Las tres directivas que contiene son: 1) la facultad judicial de atenuar la indemnización, lo que significa que no procede automáticamente y que su aplicación es potestativa y no imperativa; 2) no es procedente si media dolo del deudor; 3) las pautas para valorar su admisibilidad son el patrimonio del deudor, la situación de la víctima y todas las circunstancias del hecho. La regla señalada también rige la medida del resarcimiento en caso de actos involuntarios, por remisión expresa del artículo 1750 y en el estado de necesidad, conforme el artículo 1718, inciso c. Por otro lado, la norma se corresponde con las facultades judiciales para reducir los intereses abusivos (art. 771) y la cláusula penal abusiva (art. 794).

II) Concordancias

Punición excesiva (art. 1714); facultades del juez (art. 1715); reparación plena (art. 1740); legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718, inc. c); daños causados por actos involuntarios (art. 1750); facultades judiciales (art. 771); ejecución (art. 794).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Antecedentes y el texto actual*

El artículo 1742 recoge, en lo sustancial, la denominada indemnización de equidad del código derogado en la que, por razones de justicia, el responsable por los daños no responde en base al principio de la reparación plena en función de las consecuencias resarcibles. Prevalece, de modo excepcional, atender a las singularidades del caso

concreto impidiendo que la aplicación literal de la ley conduzca a resultados opuestos al bien común.

La indemnización de equidad fue introducida en los artículos 907 y 1069 del código derogado por la reforma de 1968 para los actos involuntarios (art. 907) y para la responsabilidad civil (art. 1069). El primer supuesto ahora está comprendido en el artículo 1750, que prevé la indemnización de equidad para los actos involuntarios y que remite al artículo 1742, y en este último para los casos de responsabilidad. También rige la indemnización de equidad en el estado de necesidad para resarcir a quien causa daños para evitar un mal actual o inminente, inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el hecho no fue provocado por él y el mal a evitar es mayor que el que se causa (art. 1718, inc. c).

III.2) *Las principales directivas*

1. La discusión anterior respecto de si el instituto resultaba de aplicación para el ámbito contractual se despejó ante la actual unificación de ambas esferas que, ante el silencio en contrario de la norma, da respuesta positiva al interrogante y rige para ambos casos. La atenuación no consiste sólo en la reducción o disminución de la cuantía de la reparación, sino que comprende también otras modalidades de adecuación de la condena a la equidad, por ejemplo admitiendo el pago en cuotas³⁶¹. Si bien el título del artículo menciona a la atenuación de la responsabilidad (y no de la indemnización), ello no significa que el juez por razones de equidad pueda modificar el factor de atribución o el porcentaje final de responsabilidad. La autorización de la ley se refiere a la atenuación de la indemnización del daño resarcible o sea que una vez que se pronunció sobre la procedencia de la pretensión, puede atenuar –es decir morigerar, reducir, adaptar– su cuantía. Se mantiene el criterio prevaleciente de que no procede la declaración de oficio, y que por tratarse de la excepción al principio general su interpretación es restrictiva. Si la obligación tiene pluralidad de obligados pasivos, concurrentes o solidarios, la atenuación favorecerá sólo

³⁶¹ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños* cit., t. I, p. 406.

a quien reúna los requisitos legales, sin extender sus efectos a los restantes porque se trata de un beneficio personal.

2. El anterior artículo 1069 contemplaba como pauta de ponderación la situación patrimonial del deudor, lo que generó algunas discrepancias acerca de la valoración de la situación de la víctima y del modo de resolver el conflicto en caso de que la situación de pobreza de ambos, dañador y dañado, fuera igual o parecida³⁶². El Código actual determina que deben tenerse en cuenta tres parámetros: 1) el patrimonio del deudor, esto es su concreto y real estado económico; 2) la situación de la víctima, que es un concepto más flexible y elástico que la situación patrimonial del responsable y exige la ponderación de todas las restantes circunstancias que hacen a su "situación". De modo que ante la concurrencia de dos estados patrimoniales de similar o dificultad económica para afrontar las necesidades de subsistencia personales y la del grupo conviviente, el juez cuenta con mayores facultades para atender a la mejor justicia del caso, por ejemplo computando las posibilidades futuras de mejoría económica del damnificado. La norma se inclina, *a priori* y en abstracto, por darle primacía al damnificado en caso de concurrencia de pobreza porque la referencia a la situación personal de la víctima permite atender a distintas circunstancias suyas a diferencia de la situación del deudor, del que se debe ponderar sólo el estado patrimonial; 3) el último parámetro de valoración son las circunstancias del hecho, lo que también da cabida a los aspectos inherentes al reproche subjetivo e incidirá particularmente en la atenuación de la responsabilidad de fuente obligacional.

3. No procede la atenuación de la responsabilidad del deudor que incurrió en dolo. En tal caso la conducta del dañador que se representó el resultado posible e igualmente actuó opera como impedimento legal para hacer jugar la equidad. En un antecedente de la Corte nacional al aplicar el fundamento de la jerarquía constitucional de la reparación plena sostuvo que en la indemnización de equidad (del entonces art. 1069, código derogado, hoy art. 1742) no procede considerar sólo

³⁶² KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, p. 47.

la situación del deudor sino también la del acreedor y que no se debe mermar la justa reparación con fundamento en la presunta dificultad económica del deudor (la empresa estatal de ferrocarriles)³⁶³.

IV) Significado de la reforma

En la indemnización de equidad no rige el principio de la reparación plena del daño sino que se atiende a las especiales singularidades del caso en base a cuatro parámetros: 1) el patrimonio del deudor; 2) la situación personal de la víctima, por lo que es más amplio que la valoración de la situación patrimonial del acreedor; 3) las circunstancias del hecho nocivo; 4) no procede en caso de dolo.

Art. 1743 *Dispensa anticipada de la responsabilidad.* Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

I) Resumen

La norma incorpora al Código cláusulas de dispensa anticipada de responsabilidad que eximen total o parcialmente. Si bien el artículo sienta como principio general la validez de dichas cláusulas, son muy importantes las excepciones previstas en un bloque de supuestos de invalidez. De modo que conviven la regla permisiva con las prohibiciones, las que pueden diferenciarse dos clases o categorías: 1) no son admisibles los pactos o acuerdos exoneratorios si se afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe y las buenas costumbres, las normas imperativas, o resultan abusivas; 2) tampoco son admisibles en caso de dolo del deudor o de las personas por las que debe responder.

³⁶³ CSJN, 17-12-96, "Empresa de Ferrocarriles Argentinos c/Gálvez, Orlando", E. D. 174-431.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); orden público, fraude a la ley (art. 12); carácter de las normas legales (art. 962); prelación normativa (art. 963); integración del contrato (art. 964); requisitos (art. 985); cláusulas particulares (art. 986); interpretación (art. 987); cláusulas abusivas (art. 988); control judicial de las cláusulas abusivas (art. 989); prelación normativa (art. 1709); situación jurídica abusiva (art. 1120); límites (art. 1121); control judicial (art. 1122); sistemas de contratación (art. 1262); responsabilidad por culpa (art. 1310); limitación de la responsabilidad, prohibición (art. 1313). Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 37, inc. a).

III) Interpretación de la norma

1. Se regula en un único texto lo que, en el régimen anterior, se denominaba dispensa anticipada de culpa o dolo y cláusulas de irresponsabilidad, sentándose como parámetro general la admisibilidad de los pactos de exención en base a que, en principio, los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales son disponibles. Pero revisten mucha importancia las prohibiciones que están enumeradas en un bloque o módulo de supuestos impeditivos. La norma recoge la creación doctrinaria y jurisprudencial elaborada en torno al código derogado (arts. 507, 542 y 1039, código anterior), y está dirigida a los acuerdos anticipados en el ámbito contractual porque resulta impensable un convenio con una posible víctima futura en el terreno extracontractual, el que igualmente sería inválido por resultar contrario al orden público y a las normas imperativas, vulnerando el principio del *alterum non laedere* (art. 1716).

La norma comprende la invalidez de las cláusulas que liberan de modo total o parcial tanto de responsabilidad (por ejemplo, un convenio en el que el transportista nunca será responsable) como las del cumplimiento de algunos de sus presupuestos (por ejemplo, que no responderá en caso de culpa leve).

2. Se prevén dos clases de prohibiciones. Son inválidos los acuerdos que afectan: 1) derechos indisponibles, el orden público, la buena fe, las leyes imperativas y el abuso del derecho. Se trata de una fórmula

amplia que da cabida a lo que antes se calificaba como abuso del derecho, de la buena fe, las buenas costumbres y el orden público, parámetro interpretativo estándar que se adaptó a los restantes principios que recoge el Código vigente; 2) en caso de dolo del deudor o de los terceros de los que él se sirve para cumplir la prestación comprometida. En cambio, y siguiendo la doctrina anterior (arts. 507 y 542, código derogado), es renunciable el efecto del dolo ya producido. Cabe puntualizar que conservan vigencia las disposiciones específicas de la legislación especial, por ejemplo el artículo 37, inciso a, de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor para el microsistema de derecho del consumo.

3. La enumeración de los supuestos en los que las cláusulas pactadas acarrear la invalidez (y no la nulidad como se afirmaba en el sistema anterior) es flexible: cuando se afectan los derechos indisponibles, es decir aquellos que no son renunciables por su titular, prevalecen razones superiores. Está presente el orden público (arts. 958 y 960).

La buena fe es otra previsión que campea en todo el Código (por ejemplo los casos previstos en los arts. 9º, 10, 398, 399, 729, 961, 991 y concs.) al igual que las leyes imperativas que fijan pautas a las que las partes necesariamente deben someterse (por ejemplo, arts. 963 y 1709), las buenas costumbres y la proscripción del abuso de derecho (por ejemplo, art. 10). Además en el resto del ordenamiento se prevé la invalidez de las cláusulas abusivas (arts. 988, 986, 1117, 1120, 1121, 1122). Se sostiene que es contraria a la buena fe la cláusula limitativa de responsabilidad acordada entre los profesionales y sus clientes³⁶⁴.

4. El criterio del sistema anterior que distinguía entre la dispensa parcial (cláusula limitativa) y la dispensa total (cláusula excluyente) mantiene vigencia³⁶⁵. En el primer caso, de excepción parcial, resulta válido que se limite la responsabilidad cuantitativamente (hasta cierto monto); como por ejemplo en el contrato de servicio de caja de seguridad en el que el artículo 1414 admite sólo la cláusula que limita

³⁶⁴ CALVO COSTA, *Derecho de las Obligaciones. Derecho de Daños*. 2 cit., t. II, p. 321.

³⁶⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 7ª ed. ampl. y act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 325.

la responsabilidad del prestador hasta cierto monto máximo si el usuario está debidamente informado y no desnaturaliza las obligaciones del prestador, y cualitativamente (referidas a ciertas culpas), por ejemplo, que el transportista no responde por las pérdidas o daños por objetos de valor extraordinario que el pasajero lleva consigo y no los declaró como lo prevé el artículo 1294. En el segundo caso (exoneración completa), no es procedente la liberación que contradice las circunstancias invalidantes de la dispensa. De allí que resulta admisible la dispensa anticipada de la culpa, en la medida que no se incurra en las exclusiones legales y que no se trate de culpa grave, la que se ha equiparado al dolo³⁶⁶. Por ejemplo, no será procedente liberar de culpa en caso de daño a la integridad física y psíquica, salvo que se trate de bienes disponibles, como el consentimiento libre e informado del damnificado (art. 1720), en consonancia con lo previsto en el artículo 17 del Código. Allí se establece el principio de que los derechos sobre el cuerpo o sus partes no tienen valor económico y tienen en cambio valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y son disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores, según lo disponga la legislación especial (ver también comentario al art. 56). En materia de derechos indisponibles, por caso no son válidas las cláusulas limitativas de responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales (art. 1291).

En los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas se tienen por no escritas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían los derechos del predisponente que resultan de normas supletorias y las cláusulas que no son razonablemente previsibles (art. 988).

La prohibición en caso de dolo recae no sólo en el deudor sino también en el tercero por quien debe responder (dependientes, auxiliares, personas de las que se vale para el cumplimiento de la prestación comprometida). Como el dolo agrava la respuesta del ordenamiento jurídico al agente que incurre en él, es lógico que en tal caso resulte inválido

³⁶⁶ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 625.

el pacto anticipado en el que una parte exonera a su contratante total o parcialmente de responsabilidad en el curso de una situación obligacional. Igualmente resultan de aplicación los anteriores supuestos previstos en la norma referidos al orden público y al abuso del derecho.

5. La invalidez del acuerdo recae sobre la cláusula prohibida (por ejemplo, los intereses abusivos, arts. 771 y 971) y se mantiene el resto del contrato, el que incluso puede ser integrado y completado por el juez (arts. 960, 1120, 1121 y concs.).

IV) Significado de la reforma

La norma regula los pactos anticipados de responsabilidad, para lo cual recepta los aportes doctrinarios anteriores y los adapta a los principios que prevé el Código actual, especialmente a los que tutelan el equilibrio negocial (arts. 960, 961, 1094, 1119 y concs.). Por lo demás se reiteran los principios medulares que rigen en todo el derecho privado patrimonial (buena fe, abuso del derecho, orden público, etc.).

Art. 1744 Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

I) Resumen

La norma aplica a la prueba del daño el principio general: la carga recae en la parte que lo invoca, sea actora o demandada, salvo que se trate de daños presumidos o surjan de su propia notoriedad. La facultad del Congreso de la Nación para regular la cuestión proviene del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional porque, aunque se trata de una regla de carácter predominantemente procesal, alude a la existencia y prueba de un presupuesto de la responsabilidad civil, que es una cuestión de fondo.

II) Concordancias

Prestación de un servicio (art. 774, incs. b, y c); relación de in-

demnización (art. 793); ejecución (art. 794); reparación del daño (art. 1082); responsabilidad objetiva (art. 1723); tipos de consecuencias (art. 1727); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); facultades judiciales (art. 1735); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); profesionales liberales (art. 1768).

III) Interpretación de la norma

III.1) Principales directivas

Se siguen los criterios usuales de distribución de la carga de la prueba: el *onus probandi* recae en cabeza de quien alega o afirma la existencia del daño o su cuantía; también corresponde la carga de la prueba a quien invoca la existencia de los factores de atribución y de las eximentes de responsabilidad (art. 1734). Igualmente la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la invoca –salvo que la ley la atribuya o la presuma– y la carga de la prueba de la causa ajena (que interrumpe total o parcialmente la relación causal) o de la imposibilidad de cumplimiento (art. 955) corresponde a quien la alega o invoca (art. 1736). La norma deja a salvo dos supuestos en los que no rige esa regla: 1) los daños presumidos o imputados por la ley, y 2) los hechos notorios.

La prueba de presunciones permite que el juez arribe a un convencimiento indirecto de los hechos ante la ausencia o insuficiencia de los medios de prueba. A partir de un indicio probado mediante el razonamiento inductivo y la lógica tiene por acreditado otros hechos no demostrados por medios directos. Las presunciones legales son las directamente establecidas por la ley de fondo o procesal y pueden ser absolutas (*iuris et de iure*) o admitir prueba en contrario (relativas o *iuris tantum*). Las presunciones judiciales, simples u *hominis* son las conclusiones que establecen los jueces en base a las reglas de la experiencia y a partir de la existencia de una pluralidad concordante de hechos de los que se puede inferir razonablemente el resultado, según las reglas de la sana crítica (arts. 163, inc. 5° y 384, CPCCN) y conforme el parámetro de normalidad que se asienta en el artículo 1727 del nuevo Código. Las presunciones judiciales, a diferencia de las legales, son creación de la jurisprudencia. Por ejemplo la excesiva velocidad

del automóvil impide su frenado en tiempo adecuado; se presume *iuris et de iure* que la cuantía de la reparación plena es la prevista en la multa o cláusula penal, la que salvo abuso no admite prueba en contrario (arts. 793 y 794); se presumen efectuados y pagados los gastos realizados para la celebración del contrato y por tributos, los que en su caso deben ser reembolsados (art. 1082). En materia de presunciones judiciales u *hominis*, por ejemplo, la rotura de partes esenciales de un auto afecta su valor de reventa en el mercado de usados; la indisponibilidad de un vehículo para su reparación da origen a gastos de traslados sustitutivos de la privación de su uso, etcétera.

En lo relativo al segundo supuesto de excepción a la regla de la carga de la prueba (los hechos notorios), se trata de los que surgen *per se* de los mismos hechos: los daños que surgen notoriamente de su propia existencia. Por ejemplo, la muerte de un ser querido presupone daño moral *in re ipsa*. La prueba es más rigurosa en lo atinente a la existencia del daño ya que para su cuantía puede operar la apreciación judicial del artículo 165, CPCCN. Los hechos notorios son los conocidos y tenidos por ciertos por la generalidad de las personas de mediana cultura en el lugar y en el tiempo en que se desenvuelve el proceso; son los hechos comunes pertenecientes a cierto grupo social que le otorgan calidad de notorio y excluyen la posibilidad de que sean puestos en duda por el órgano judicial³⁶⁷. Las máximas de experiencia, por su lado, son también principios generales pero extraídos por el juez de la observación del comportamiento ordinario o corriente de los hombres. La Corte nacional en un recordado *leading case* decidió que es arbitraria la sentencia que prescinde de valorar los hechos notorios derivados de las variaciones en la política económica³⁶⁸.

Si bien el principio rector es que la carga de la prueba recae en el actor o en el demandado que afirma un hecho, y que el actor debe probar los presupuestos de hecho en los que funda su pretensión, a veces la actividad probatoria de descargo debe ser más activa para el

³⁶⁷ PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. act. por Carlos Enrique Camps, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. IV, p. 282.

³⁶⁸ CSJN, 8-3-83, "Burman, Leonardo c/Álvarez, Joaquín", *Fallos*: 305:226.

sindicado como responsable. Ello así porque resultan operativas muchas presunciones *hominis*; por ejemplo de que toda persona tiene capacidad intrínseca para trabajar, que las afecciones físicas producen daño moral, que el fallecimiento de parientes cercanos produce aflicción. En esos supuestos el demandado deberá probar que, en concreto y en el caso, el daño no se produjo (por caso que el distanciamiento con su familiar determinó que el fallecimiento no acarreo daño moral).

Los hechos presumidos por la ley no requieren prueba adicional, verbigracia, que el fallecimiento acarrea gastos de sepelio (art. 1745) o que las lesiones o incapacidad conllevan gastos médicos, farmacéuticos y de transporte (art. 1746), aunque resulta conveniente acreditar su monto, máxime si es superior al ordinario o común, pues de lo contrario el juez lo fijará según su arbitrio judicial (art. 165, CPCCN).

El artículo 1744 contempla los hechos presumidos y los imputados por la ley, es decir las consecuencias que se infieren y las que se atribuyen directamente por mandato legislativo.

III.2) Prueba del daño contractual

1. Si bien el nuevo Código no adopta expresamente la clasificación de obligaciones de medios y de resultados, lo cierto es que se mantienen algunas diferencias que importarían aceptar la existencia en concreto de ese distingo. Por ello resulta ilustrativo recordar que, en lo esencial, se entiende que en las obligaciones de resultado se compromete un fin determinado, o un *opus*, y en la de medios el deudor se compromete a adoptar las medidas razonables para alcanzar un fin. De allí que una consecuencia práctica importante es la relativa a la carga de la prueba: en las obligaciones de resultado el deudor es responsable si no obtiene el resultado previsto por lo que debe probar la causa ajena (arts. 1723 y 1768, 774, incs. b, y c); en las de medios la culpa la tiene que probar el deudor. La otra consecuencia está dada por el factor de atribución: en las obligaciones de resultado tiende a aceptarse que media responsabilidad objetiva y en las de medios una imputación subjetiva. Por eso el deudor se exonera en las obligaciones de resultado probando la causa ajena (es insuficiente la prueba de la falta de culpa)

y en las de medio se libera demostrando que actuó sin culpa. En ambos casos le incumbe la carga de la prueba (ver comentario al art. 744).

2. La pauta de valoración de la prueba, y conforme las reglas de la sana crítica, debe hacerse apreciando en conjunto los distintos medios probatorios, no mediante una consideración aislada (por ejemplo de los dichos de algunos testigos), sino integrándolos y armonizándolos con las restantes constancias de la causa (otros testimonios obrantes en la causa y la prueba pericial)³⁶⁹.

3. No puede soslayarse que el Código recepta la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el artículo 1735 (al que se remite). Igualmente debe tenerse en cuenta que a veces podrá dictarse una condena genérica: el fallo fija la responsabilidad y emite una declaración de certeza y difiere para otro proceso, u otra etapa, la determinación de la exclusiva cuantificación del daño. Este mecanismo es muy usual en los daños colectivos en los que una vez determinada de manera común y uniforme la responsabilidad, la existencia y monto de los daños individuales quedan reservados para el proceso bilateral posterior. Un ejemplo lo proporciona el *leading case* "Edesur", en el que un corte de electricidad produjo daños múltiples a 150.000 usuarios en la Ciudad de Buenos Aires³⁷⁰. La Cámara, además de reconocer legitimación al defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma para reclamar derechos colectivos, conforme resulta de su Constitución local, recepcionó pretorianamente al proceso colectivo y determinó en un único pronunciamiento la responsabilidad de la empresa demandada, difiriendo para las ejecuciones individuales de la sentencia la eventual acreditación de eximentes particulares de responsabilidad y la prueba de los daños singulares³⁷¹.

³⁶⁹ CSJN, 24-11-2009, "Trejo, Jorge E. c/Stema SA", Fallos: 332:2633, con remisión a Fallos: 320:726; 13-3-2007, "A. L. R. y otro c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios".

³⁷⁰ CNFed.CC, sala 1ª, 16-3-2000, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Edesur SA", J. A. 2000-II-223, con nota de LORENZETTI, Ricardo, *Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad*, y GALDÓS, Jorge M., *Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo*, p. 240.

³⁷¹ GALDÓS, *Los daños masivos. Primeras aproximaciones cit.*, p. 289.

IV) Significado de la reforma

En la norma no existe innovación, sino más bien reiteración de principios y reglas vigentes, que se receptan para conferir mayor certeza a la prueba del daño. El punto se resuelve en sentido coincidente con la prueba de los factores de atribución y de la relación causal y no media obstáculo en que un Código de derecho sustancial contenga normas relativas a la prueba de un presupuesto de la responsabilidad civil.

Art. 1745 *Indemnización por fallecimiento.* En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

- a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;
- b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;
- c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

I) Resumen

El texto reemplaza los artículos 1084 y 1085 del código derogado y fija los criterios para ponderar el daño material en caso de fallecimiento, es decir el denominado "valor de la vida humana", la que no tiene valor económico intrínseco o por sí misma, sino que considera indemnizables los lucros que el fallecido destinaba en vida a los legitimados activos. Se admite la pérdida de chances por la muerte de los hijos menores.

II) Concordancias

Concepto de daño (art. 1737); reparación plena (art. 1740); indemnización de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741); indemnización (art. 1738); requisitos (art. 1739).

III) Interpretación de la norma

III.1) Principales directrices

Las directivas más importantes que sienta la norma son las siguientes. En el *inciso a*, se prevé el primer daño material resarcible, secuencial o temporal, antes de la muerte, que es “el gasto necesario para la asistencia de la víctima” (médica, farmacéutica, internación, transporte, etc.) en el tiempo comprendido entre el hecho dañoso y su fallecimiento. Son legitimados activos quienes hubieran asumido esas erogaciones. En tal supuesto se aplican los parámetros del artículo 1746 sobre asistencia por lesiones o incapacidad. El segundo daño material ante la muerte es el “gasto de funeral” o sepelio que el responsable debe reintegrar al damnificado directo (cónyuge, conviviente, hijos menores) o al tercero que los efectuó, aun si éste tiene la obligación legal de pagarlos (por ejemplo, la aseguradora, el empleador en su caso, etc.). O sea son legitimados los sujetos que asumieron o afrontaron la obligación de abonar los gastos funerarios razonables y acordes con la situación de la víctima.

En el *inciso b*, se contemplan los denominados lucros o ganancias del fallecido, reemplazándose la expresión del anterior artículo 1084 del código derogado, “lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto” por “lo necesario” para alimentos. El supuesto se refiere al criterio desarrollado durante la vigencia del código derogado, que sostenía que el daño material equivalía a la cuota alimentaria como concepto comprensivo de todo aquello que la víctima habría destinado al damnificado como sostén y ayuda, en el caso concreto, y con la finalidad de que el dañado pueda seguir en la misma situación que la que se encontraba antes del hecho ilícito que produjo la muerte de la víctima³⁷². La prestación indemnizatoria “debe asegurar

las condiciones de vivienda, salud, educación y esparcimiento, razonablemente esperadas a partir de la situación económica y expectativas de progreso del fallecido”³⁷³. Se trata, en definitiva, de los aportes económicos concretos que recibía el reclamante y que abarcan todos los aspectos materiales, espirituales, recreativos y sociales. Es inveterada la doctrina de la Corte Suprema que sostiene que “la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo incommutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”³⁷⁴.

Los legitimados activos reciben la indemnización a título *iure proprio*, como daño emergente, por las consecuencias patrimoniales propias que la supresión de la vida ajena produjo en ellos, y en base al apoyo y auxilio económico que les brindaba el fallecido, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la víctima (capacidad productiva, edad probable de vida, sexo, relaciones de familia, etc.) y la de los damnificados (asistencia que recibía, edad, necesidades asistenciales, tiempo probable de ayuda, etc.). Subsisten ahora los criterios anteriores sobre el contenido y extensión del daño por muerte, por lo que es aplicable la jurisprudencia que pregonaba que “para fijar la indemnización

ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado cit.*, 1994, t. 5, p. 199, punto 9.

³⁷³ I Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, 1984.

³⁷⁴ *Fallos*: 316:912; 317:728, 1006 y 1921; 318:2002; 320:536; 322:1393; 323:3614; 324:1253 y 2972; 325:1156.

³⁷² KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-

por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester computar las circunstancias particulares de la vida y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etcétera³⁷⁵. Deben considerarse los ingresos económicos de la víctima –presentes o futuros–, porque la ley presupone que está comprendido todo lo que habría podido suministrar como sostén y efectiva ayuda, lo cual, en definitiva, queda reservado a la adecuada y prudente apreciación judicial³⁷⁶. Los parámetros mínimos de valoración que fija la norma son los que estaban difundidos en la jurisprudencia: las condiciones personales de ambos (el fallecido y los damnificados) y el tiempo probable de vida útil (es decir de producción de bienes), los que obviamente no excluyen la apreciación de todas las restantes circunstancias.

Los legitimados activos presumidos, es decir respecto de quienes rige la presunción legal *iuris tantum* de daño, son el cónyuge, el conviviente, los hijos menores de 21 años o con derecho alimentario, los incapaces o con capacidad restringida aún no declarada judicialmente, por lo que (a diferencia del art. 1084 derogado que sólo se refería a los “hijos del muerto”, sin especificar, lo que había generado conflictos interpretativos) la ley presume que todos quienes efectivamente dependían económicamente del muerto están habilitados para requerir la reparación del daño presunto. O sea la regla está dirigida a la legitimación (quiénes son los sujetos habilitados) y al contenido del daño (medida o extensión). Los restantes legitimados eventuales (hijos mayores, ascendientes, etc.) deberán acreditar el perjuicio. Igualmente los legitimados presuntos deben probar la procedencia de otros daños, si los hubiere (v. gr., si para atender a la víctima antes de su fallecimiento la esposa tuvo que dejar de trabajar). La prueba en contra de la presunción legal recae en el sindicado como responsable, quien

³⁷⁵ CSJN, 27-9-94, “Furnier, Patricia c/Cáceres, Héctor”, J. A. 1995-II-193; Fallos: 310:2103; 317:1006; 324:2972; 325:1277.

³⁷⁶ CSJN, 17-4-97, “Savaro de Caldara y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L. L. 1997-E-120 y D. J. J. 1998-210; SCJ de Mendoza, sala 1ª, 21-3-2001, “Álvarez, Pedro y otros c/Municipalidad de Godoy Cruz y otros”; CCCom. de Azul, sala II, 3-4-2002, “Andrade de Elgart, Vilma c/Coop. Eléctrica de Azul Ltda. s/Daños y perjuicios”.

debe probar por ejemplo que la víctima no trabajaba, que no aportaba al hogar, que representaba una carga económica, o que los beneficiados por la presunción de daño no recibían en concreto la ayuda y asistencia material, que el hijo menor de edad trabajaba y se solventaba todos sus propios gastos, etcétera.

En caso de muerte de los padres, la presunción de daño cesa con la edad en que se pierde el derecho alimentario (21 años) o si se trata de hijos mayores que estudian o se capacitan profesionalmente en algún arte u oficio, hasta los 25 años si la prosecución de los estudios le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente (arts. 658, 663 y concs., Código). El daño presumido por la muerte del cónyuge o conviviente incluye el fallecimiento de la esposa, incluso de quien no trabajaba fuera de su hogar, dado el difundido criterio de que el trabajo del ama de casa y de la madre tiene valor económico intrínseco. Y, en el mismo sentido, a la inversa, si el amo de casa es el hombre. Este mismo criterio resulta aplicable para el matrimonio o convivencia de personas del mismo sexo.

En caso de muerte de los hijos menores la presunción comprende la pérdida de chance de asistencia material y espiritual en la ancianidad y en caso de necesidad de los padres, presunción que es más fuerte en las familias humildes³⁷⁷. El artículo 1745 recepta la jurisprudencia prevalente en el régimen del código derogado y aclara que ese derecho resarcitorio también compete al tercero que tenía la guarda del menor y, por consiguiente, estaba beneficiado por la presunción de ayuda futura.

Finalmente los montos resarcitorios serán diferentes para cada damnificado atendiendo a la distinta situación vivencial de cada uno de ellos (por ejemplo, la indemnización para el hijo pequeño es diferente a la de quien está por llegar a la mayoría de edad).

La fórmula matemática prevista en el artículo 1746 para el supuesto de daño causado por la incapacidad permanente, en base a la función resarcitoria (arts. 1708 y 1716), al principio de la inviolabilidad de la persona humana (art. 51) y al de la reparación plena (art. 1740), todos objetivos de la responsabilidad civil, en conjunto con el deber de pre-

³⁷⁷ Ver comentario a los arts. 1738 y 1739.

vención (arts. 1708 y 1710), podrá ser un elemento a seguir para cuantificar también el perjuicio producido por la pérdida de la vida humana. Los artículos 1745 y 1746 constituyen en el daño patrimonial instrumentos para lograr esos principios norte, como el método de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias del artículo 1741 lo es para la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1745 no innova sustancialmente sobre el alcance y la legitimación para reclamar el resarcimiento por la supresión de la vida humana. Reitera la doctrina mayoritaria de que no tiene valor material en sí misma, se precisan los legitimados activos *iuris tantum*, y se consagran como prestaciones económicas inherentes en su contenido económico las correspondientes a los alimentos, conforme el criterio vigente anteriormente. Se reconoce finalmente el daño elaborado por la jurisprudencia acerca del fallecimiento por la muerte de hijos menores en lo que se indemniza la pérdida de chance.

Art. 1746 *Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica.* En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

I) Resumen

La norma prevé la indemnización del daño patrimonial por altera-

ción, afectación o minoración, total o parcial, de la integridad física y psíquica de la persona, admitiendo que su cuantificación pueda también ser fijada por aplicación de un criterio matemático, como parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial. El artículo se refiere a la incapacidad permanente y también recepta la presunción de gastos y erogaciones que se derivan de las lesiones o incapacidad. En caso de incapacidad permanente la indemnización es procedente aunque la víctima siga trabajando porque lo que se tutela es la integridad de la persona, su plenitud, aun cuando no desarrolle en concreto tareas remuneradas o productoras de bienes (caso de ancianos, discapacitados, desocupados al momento del hecho, etc.).

II) Concordancias

Concepto de daño (art. 1737); indemnización (art. 1738); requisitos (art. 1739); reparación plena (art. 1740).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La incapacidad permanente*

1. El texto reemplaza al artículo 1086 del código derogado y contempla el daño patrimonial por incapacidad permanente. El artículo anterior se refería a "las heridas u ofensas físicas", lo que fue sustituido por "lesiones e incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial", recogiendo el criterio amplio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia para caracterizar a la incapacidad psicofísica, también llamada incapacidad sobreviniente, alteración a la plenitud humana, o a la integridad corporal, o daño a la salud, entre otras denominaciones equivalentes con las que se la identifica. Se trata, en definitiva, de la integridad de la persona que tiene valor económico en sí misma y por su aptitud potencial o concreta para producir ganancias. La incolumidad humana tiene un valor indemnizable *per se* ya que no sólo comprende las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir sino que además incluye la afectación vital de la persona en su "mis-midad", individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital. Reite-

radamente la Corte nacional viene enfatizando que “la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable” que “comprende no sólo el aspecto laboral, sino las demás consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social”³⁷⁸.

El aspecto esencial de la norma es la incapacidad porque la expresión “en caso de lesiones...” alude al denominado daño en sentido naturalístico o vulgar³⁷⁹ ya que todas las lesiones de las que puede ser víctima una persona (a la integridad, a la vida de relación, al proyecto de vida, a la psiquis, a la plenitud sexual, etc.) constituyen rubros del daño indemnizable que repercuten negativamente en intereses patrimoniales (incapacidad sobreviniente, lucro cesante o pérdida de chances) o extrapatrimoniales (en el daño moral).

2. La incapacidad sobreviniente comprende esencialmente la alteración, minoración, detrimento o supresión de: 1) la capacidad laborativa o productiva, o sea la que repercute en la pérdida de ingresos por la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas. Se trata de un daño que debe acreditarse en cada caso y su procedencia y cuantía depende de las ganancias que pierde la víctima en base a sus condiciones personales (cuantía de los sueldos o ingresos, edad y vida útil restante, relaciones de familia, etc.); 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir la que no es estrictamente laboral y recae en la idoneidad intrínseca del sujeto para trabajar o para producir bienes o ingresos. Se trata de un daño que puede presumirse porque la regla, que debe ser desvirtuada por prueba en contra a cargo del responsable, es que todas las personas tienen aptitud o potencialidad intrínseca con valor mensurable económicamente; 3) el daño a la vida de relación o

³⁷⁸ CSJN, 9-12-93, “Harris, Alberto c/Ferrocarriles Argentinos s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 316:2775; 6-10-92, “Claudio Jesús Risso y otros c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:2331; 7-2-95, “Toscano, Gustavo C. c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 318:38; 15-9-87, “Velasco Angulo, Isaac c/Buenos Aires, Provincia de”, *Fallos*: 310:1826.

³⁷⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial cit.*, 2000, t. 3A, p. 274.

a la actividad social estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto. La referencia al daño en la vida de relación como rubro componente, por principio, y, en esencia, del daño material por la incapacidad sobreviniente no es pacífica ya que algunos autores incorporan la vida de relación como subespecie del daño moral³⁸⁰. Empero, su inclusión en la incapacidad sobreviniente atiende la consolidada doctrina de la Corte nacional que sostiene que “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”³⁸¹. Se infiere, entonces, que la incapacidad sobreviniente opera como norma abierta o casi residual porque “comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica”³⁸².

3. En definitiva, en la concepción expuesta de incapacidad permanente, sea total o parcial, tienen cabida todos los detrimentos patrimoniales que afectan a la integridad física, incluidos los denominados nuevos daños (al proyecto de vida, daño biológico, a la integridad sexual, a la intimidad, etc.) conceptualmente autónomos pero resarci-

³⁸⁰ Se remite a GALDÓS, Jorge Mario, *Daño a la vida de relación, daño biológico y al proyecto de vida*, en TRIGO REPRESAS, Félix y BENAVENTE, María I. (dirs.) y FOGNINI, Ariel I. (coord.), *Reparación de daños a la persona*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 557; *Nuevos daños a las personas en la sociedad de riesgo*, en libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe, UNL, Santa Fe, 2005, p. 159; *¿Hay daño biológico en el Derecho argentino?*, en J. A. 2006-II-1255; *¿Hay daño sexual?*, en R. C. y S. 2006-129; *Daño a la vida de relación*, en L. L. 2006-D-921; *¿Hay daño al proyecto de vida?*, en L. L. 2005-E-1027; *Daños a las personas*, en R. C. y S. 2005-35.

³⁸¹ *Fallos*: 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847.

³⁸² CNCiv., sala C, 22-6-2004, “Insúa, María R. c/Chaile, Marcela I.”; íd., 17-6-2003, “Carabcievski, Emiliano V. c/Hospital Británico de Buenos Aires”, D. J. 2004-I-507; íd., 5-9-2000, “Moyano, Juan C. c/Kraft Suchard de Argentina SA”, L. L. 2000-F-989 (43.255-S).

toriamente dependientes del daño moral o del patrimonial. Por lo demás la amplia tutela de la integridad de la persona la pone de relieve la parte final del artículo que dispone que corresponde la indemnización por incapacidad permanente aun cuando la víctima no perdió su trabajo o la posibilidad de producir bienes, lo que denota que la capacidad plena tiene valor económico propio. El responsable debe la indemnización aunque un tercero preste alimentos al damnificado.

III.2) *Incapacidad transitoria*

La incapacidad transitoria es la que dura temporariamente porque transcurrido el período de curación desaparece o remite, por lo que nunca se consolida definitivamente y se indemniza a título de lucro cesante, conforme a lo reglado en otras normas, los artículos 1738 y 1739, a diferencia de la incapacidad permanente. Las reparaciones por incapacidad y por lucro cesante no son excluyentes entre sí³⁸³ y “no debe confundirse la reparación por incapacidad con la correspondiente a lucro cesante; la primera es la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de restablecimiento, en tanto que el segundo consiste en el resarcimiento de las ganancias dejadas de percibir durante el tiempo que haya demandado la curación de la víctima”³⁸⁴.

La presunción de gastos médicos, farmacéuticos y por transporte, que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad que establece el artículo 1746, resulta aplicable tanto para las erogaciones efectuadas por la incapacidad transitoria como por la permanente.

III.3) *Pautas para la valoración de las lesiones e incapacidad*

1. Reiterada doctrina y jurisprudencia, que mantiene actualidad, sos-

³⁸³ SCJBA, 2-8-94, “Gómez, Aurelio y otros c/Agri, Antonio s/Daños y perjuicios”, Ac. 52.258, D. J. B. A. 147-177, A. y S. 1994-III-208, E. D. 160-403.

³⁸⁴ SCJBA, 11-7-95, “Alonso de Sella, Patricia Graciana y otro c/Dellepiane, Ángel Hernán s/Daños y perjuicios”, Ac. 54.767, D. J. J. 149-161, A. y S. 1995-III-15; 21-11-2001, “Appollonio, José c/Lavalle, Gabriel Germán s/Daños y perjuicios”, Ac. 75.918.

tiene que la indemnización por incapacidad debe efectuarse teniendo “en cuenta las circunstancias personales del damnificado y la gravedad de las secuelas que pueden extenderse no sólo al ámbito del trabajo, sino a su vida de relación, incidiendo en las relaciones sociales, deportivas, etcétera”³⁸⁵, y que “no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio”³⁸⁶. Un aspecto importante de la nueva norma es la referencia a una pauta o criterio matemático de ponderación para determinar una suma global definitiva a título de capital que, invertido adecuadamente, produzca una renta o ganancia que le permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil un monto equivalente al que cobraba antes del hecho nocivo. Si bien la redacción de la norma podría dar margen a otra interpretación, dado que la referencia a la determinación del capital que genere rentas no está sindicada como la única modalidad de cuantificación, mantienen vigor los criterios interpretativos que confieren al razonable arbitrio judicial la función correctora por excelencia para cuantificar los daños. Otras pautas de valoración aplicables indican que los porcentajes de incapacidad que resultan de la prueba pericial no obligan matemáticamente al juez, aunque constituyen un valioso aporte³⁸⁷, porque la cuantía por incapacidad sobreviniente no debe ceñirse a cálculos matemáticos rígidos, cerrados y herméticos, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial ponderando la importancia de las lesiones, la edad de la víctima, la repercusión que las mencionadas secuelas pueden tener en una futura actividad productiva y demás circunstancias del caso³⁸⁸.

³⁸⁵ CSJN, 12-12-89, “Ortiz, Eduardo Adolfo-Ortiz, Enrique Ángel c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/Daños y perjuicios”, Fallos: 312:2413.

³⁸⁶ CSJN, 15-9-87, “Velasco Angulo, Isaac c/Buenos Aires, Provincia de s/Daños y perjuicios”, Fallos: 310:1827.

³⁸⁷ CSJN, 28-4-98, “Zacarías, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros”, J. A. 1999-I-361; 8-9-92, “Morales, María B. c/Prov. de Buenos Aires y otros”, J. A. 1992-IV-624.

³⁸⁸ En ese sentido: CNCiv., sala D, 11-3-2003, “H. M. D. F. y otros c/Arcos Dorados SA Mc. Donald’s”, R. C. y S. 2003-83; sala F, 30-9-2003, “Busema, Gustavo L. c/Digiglio, Sergio R. y otro”, J. A. 2004-I-226; íd., 2-2-2004, “De Robertis, Amadeo Alfredo c/Muscolino, Hernán Darío y otros s/Daños y perjuicios”.

Por lo demás el sistema de cotejo y comparación de las cuantificaciones fijadas por distintos tribunales para casos análogos facilita su difusión, confiere previsibilidad jurídica y contribuye a la formulación de estándares indemnizatorios.

2. En definitiva, "para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación"³⁸⁹. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (que no es arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar el *quantum* por muerte como por incapacidad permanente.

III.4) *Los daños presumidos*

El texto también confiere carácter de daño presumido a los gastos y desembolsos, efectuados por la víctima o un tercero, y producidos por las lesiones o la incapacidad en concepto de prestaciones médicas, farmacéuticas, de transporte, internación, ortopédicas, kinesiológicas, etcétera. Esta presunción admite prueba en contrario.

IV) *Significado de la reforma*

La norma regula la indemnización por incapacidad sobreviniente permanente y admite que se concrete mediante la utilización de los criterios clásicos y los que atienden a las fórmulas matemáticas, pero sin estricto y matemático acatamiento a ellas, porque actúa el prudente arbitrio (que no es arbitrariedad) judicial. Esta conclusión se desprende de la interpretación del texto que no menciona que la inversión de un capital sea la única y exclusiva modalidad de cuantificación del daño.

³⁸⁹ Fallos: 320:1361; 325:1156.

Art. 1747 *Acumulabilidad del daño moratorio.* El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva.

I) *Resumen*

El texto aclara expresamente que el daño moratorio —o, con más precisión, la indemnización moratoria— es acumulable al daño compensatorio, al valor de la prestación y a la cláusula penal compensatoria, según los casos, y sin perjuicio de la facultad judicial de morigerar cuando esa acumulación se traduce en un ejercicio abusivo de derechos.

II) *Concordancias*

Abuso del derecho (art. 10); abuso de posición dominante (art. 11); intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768); intereses punitivos (art. 769); facultades judiciales (art. 771); incumplimiento (art. 792); relación con la indemnización (art. 793); ejecución (art. 794); definición (art. 955); buena fe (art. 961); derecho de propiedad (art. 965); punición excesiva (art. 1714); facultades del juez (art. 1715); curso de los intereses (art. 1748).

III) *Interpretación de la norma*

La cuestión se vincula con el incumplimiento en la responsabilidad contractual y extracontractual y con el distingo entre la prestación originaria incumplida (que se indemniza por equivalente) y los restantes perjuicios derivados del incumplimiento. Los Fundamentos del Código dan cuenta de ello y explican que la doctrina está dividida. Una opinión sostiene que en caso de incumplimiento la prestación primitiva se convierte en dinero y es independiente de los otros daños que forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto. El incumplimiento de la primera obligación, en cuanto hecho ilícito, da nacimiento a una nueva obligación. Otra opinión postula la tesis de la unidad, es decir que tanto la primera acción (el cumplimiento por

equivalente) como la segunda (los restantes daños) obedecen a una ilicitud única pero la ejecución de los daños obedece a una nueva obligación que no surge de la modificación del objeto sino de la conducta del deudor. El nuevo Código resuelve la cuestión estableciendo una regla general para la unificación de las dos esferas de la responsabilidad (art. 1747) y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato (art. 1082).

La distinción entre daño compensatorio y moratorio es más propia del ámbito obligacional; daño compensatorio es el que se deriva del incumplimiento total y definitivo de la prestación, según las previsiones de los artículos 505, inciso 3°, 519 y 889 del código derogado, que convertían la prestación originaria en indemnización de daños y perjuicios. Este supuesto ahora está expresamente contemplado en el artículo 955, que dispone que en caso de imposibilidad objetiva, absoluta y definitiva producida por caso fortuito o fuerza mayor se extingue la obligación sin responsabilidad, pero si la imposibilidad obedece a causas imputables al deudor la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización por los daños causados. Éstos son los daños compensatorios. La indemnización por daños compensatorios no puede acumularse a la ejecución efectiva de la prestación porque son incompatibles: la indemnización compensatoria sustituye a la original³⁹⁰. Por eso en caso de inejecución definitiva de la obligación por causas imputables el deudor debe el valor de la prestación frustrada (cumplimiento por equivalente) más los daños del incumplimiento (daños compensatorios).

El daño moratorio, por su lado, es el que resulta del retardo o mora del deudor en el cumplimiento de la obligación. El daño moratorio es acumulable a la indemnización por la prestación principal, generalmente mediante el pago de intereses, precisamente a partir de la constitución en mora (arts. 505, incs. 1° y 2°, 508, 509 del código derogado). En el ámbito extracontractual el daño compensatorio es el perjuicio principal a resarcir, la prestación misma adeudada (el valor del automóvil destrozado) y el moratorio el que deriva de la

³⁹⁰ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 666.

mora o retardo en su pago (los intereses adeudados durante la tardanza) y a partir desde que se produjo cada perjuicio.

El artículo sienta la directiva de la acumulabilidad de los distintos tipos de daños con el tope o límite derivado de su abusividad (arts. 10, 961, 965, 793, 794, 1714, 1715 del Código actual). De modo que al daño moratorio se puede adicionar el daño compensatorio, el valor de la prestación principal y la cláusula penal, pero en todos los casos opera la facultad judicial de morigerar el monto si es abusivo. En tal sentido los artículos 793 y 794 establecen que la multa o cláusula penal pactada suple la indemnización de daños durante la mora, sin derecho al acreedor de acreditar que son insuficientes ni al deudor de que el acreedor no sufrió perjuicio, salvo la facultad del juez de reducción si el monto es desproporcionado considerando el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso que configuren un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor. Una cuestión planteada, incluso actualmente, es si la facultad morigeradora puede ejercerse de oficio, que es la tesis que prevalece, o si requiere petición expresa de parte. También opera la facultad morigeradora en caso de pacto de intereses abusivos (art. 771).

Algunos ejemplos resultan ilustrativos: la falta de pago del precio de la compra de un bien que da origen a la resolución del contrato por incumplimiento produce un daño compensatorio al que se le suma el moratorio (el perjuicio derivado por el tiempo de mora en el pago de esa prestación sustitutiva); al valor del automóvil afectado en un accidente de tránsito (el valor de la prestación) puede adicionarse la indemnización moratoria durante el período de demora en cancelar ese daño. A la cláusula penal pactada por falta de devolución del inmueble alquilado (art. 794) o a los intereses punitivos convenidos (art. 769) se le pueden agregar los daños moratorios, con el límite del aprovechamiento abusivo. Incluso al daño compensatorio por la falta de pago de los alquileres se le pueden añadir los daños moratorios (el interés sobre las sumas impagas) y hasta el resarcimiento del daño compensatorio por la pérdida de chance de alquilar el inmueble a un tercero. Pueden ser pactados los intereses compensatorios y la tasa; en ausencia de pacto se aplican los intereses legales que rijan la cuestión o los que impongan los usos y, en su defecto, los fija el juez

(art. 767). También se deben los intereses moratorios pactados, y en ausencia de pacto, los previstos por las leyes especiales y en subsidio las tasas que fijen las reglamentaciones del Banco Central (art. 768). En todos los casos los jueces pueden reducir los intereses pactados cuando su tasa o el resultado que provoque la capitalización en la forma permitida por la ley (art. 770) exceda sin justificación y desproporcionadamente el costo medio del dinero de operaciones similares del lugar (art. 771).

IV) Significado de la reforma

Se esclarece el punto atinente a la acumulación y superposición de indemnizaciones teniendo como límite la cuantía que configura aprovechamiento abusivo del deudor.

Art. 1748 *Curso de los intereses.* El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.

I) Resumen

La norma determina desde cuándo se deben los intereses moratorios en caso de responsabilidad que no sea de fuente obligacional. Siguiendo la postura predominante se determina que los intereses se devengan desde la fecha de cada perjuicio. En el ámbito obligacional rige el pacto de las partes o en su caso el de la mora.

II) Concordancias

Intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768); intereses punitivos (art. 769); facultades judiciales (art. 771); indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746); acumulabilidad del daño moratorio (art. 1747).

III) Interpretación de la norma

1. En el régimen del código derogado no existía coincidencia en que los intereses en materia contractual corran desde el momento en

que se sufre cada daño. En contra de ese criterio se sostenía que como son accesorios resultan procedentes a partir de la mora y, en ausencia de interpelación fehaciente, regían desde la fecha de notificación de la demanda. Este argumento partía de la base de que la constitución en mora se producía de modo diferente en ámbito contractual y en el extracontractual.

Se respondía que tanto los hechos ilícitos como el incumplimiento negocial dan origen a una obligación de dar sumas de dinero que devengan intereses desde la producción de cada perjuicio, porque no existe norma legal en contrario y la regla de la mora automática se aplicaba tanto a las obligaciones a plazo como a las obligaciones puras y simples. También se argumentaba a favor de esta posición afirmando que los intereses constituyen una cuestión que no tiene que ver con el régimen de la constitución en mora sino con la reparación integral.

El artículo ahora vigente eliminó la discusión y además resulta una consecuencia de la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

2. La obligación resarcitoria es una deuda de valor. El restablecimiento de la situación anterior de la víctima debe hacerse a la fecha de la sentencia, al valor real y no al histórico³⁹¹. El tiempo de la valuación judicial del daño es el de la sentencia, en el que se atiende a las denominadas variaciones intrínsecas del daño y se determina la eventual alteración del curso de la moneda, que es un factor que incide en la indemnización. Las modificaciones intrínsecas del daño son las que resultan del proceso normal de los elementos constitutivos del daño a diferencia de las modificaciones extrínsecas que derivan de circunstancias externas. Por ejemplo si después de transcurrido el período de convalecencia la víctima no se recupera y su lesión física se consolida en una incapacidad parcial y permanente, ello debe atenderse pero siempre que haya sido pedida antes de la sentencia para no afectar el principio procesal de congruencia decisoria. En cambio, si después del hecho o durante el juicio la víctima recibe una pensión por la incapacidad, se trata de una modificación extrínseca del daño que no se pondera. Con posterioridad a la sentencia, y aunque no es

³⁹¹ ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil* cit., p. 308.

usual, podría requerirse la reparación del agravamiento del mismo daño, esto es del que deriva de la misma causa.

El devengamiento de intereses permite, mediante la indemnización moratoria, atender al tiempo transcurrido desde que el damnificado efectuó o pagó los daños materiales, es decir desde que se produjo el daño o realizó los desembolsos y hasta el momento de su pago cancelatorio, computándose la fecha de producción de cada perjuicio. Opera la mora automática convencional (art. 768) o la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor (arts. 1732, 1733). Habitualmente el pago de una suma única y global, practicado según la liquidación que ordene efectuar la sentencia, contempla las situaciones descriptas, lo que no excluye que la estimación y tarificación pueda hacerse también mediante el pago de una renta (por caso en supuestos de gran discapacidad, art. 1746). La sentencia y la modalidad de pago de una suma total a la época del dictado de la sentencia permiten computar e incluir el cálculo del daño futuro (daño cierto de acaecimiento esperado); por ejemplo el lucro cesante o la incapacidad permanente del damnificado. También juegan los códigos procesales locales que contienen pautas para liquidar los daños y perjuicios admitiendo que el juez, en ciertos casos en los que no se pudo determinar la cuantía, fije las pautas o bases para su ulterior liquidación, en la etapa de ejecución de sentencia (art. 165, CPCCN).

También sucede en la práctica judicial que ciertos daños, sobre todos los materiales, pueden fijarse a valores reales más cercanos a la fecha de la sentencia, por ejemplo, los que dependen de una estimación pericial o de informes de precios de insumos que varían en el curso del proceso. Un antiguo fallo plenario de la Cámara Nacional Civil resolvió que “los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o de cuasidelitos, se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio, objeto de la reparación”³⁹².

Algunas reglas aplicables para la época de fijación del curso de los intereses son las siguientes: cuando se trata de daño moral, por lo general, el perjuicio se produce desde el hecho lesivo (por caso con

³⁹² CNCiv., en pleno, 16-12-58, “Gómez, Esteban c/Empresa Nac. de Transportes”, L. L. 93-667.

el fallecimiento del cónyuge); para los gastos pasados que son daños patrimoniales indirectos los intereses se devengan desde que se efectuó cada gasto o desembolso (por ejemplo, los gastos de movilidad para una internación); para los gastos pasados que son daños patrimoniales directos desde que se produjo el hecho (por ejemplo, desde que se destruyó el automóvil); los daños futuros que son patrimoniales indirectos (una operación quirúrgica aún no realizada) desde la sentencia condenatoria; el lucro cesante pasado desde el vencimiento de cada período, los que se suman³⁹³. La jurisprudencia ha sostenido que “el interés de una suma de dinero reviste la condición de un accesorio que se debe —en las obligaciones con fuente en hechos delictuosos o cuasidelictuosos— desde que se produjo el daño”³⁹⁴. Algunos fallos, en criterio opinable, decidieron que si la suma de condena se fija a valores actuales al momento de la sentencia corresponde aplicar los intereses desde la fecha del decisorio de primera instancia porque los intereses compensatorios son accesorios que están contenidos en el valor actual desde la producción del daño y el pronunciamiento³⁹⁵. En ese sentido también se sostuvo que los intereses por daños materiales por la reparación del automóvil se devengan desde la fecha del peritaje mecánico, que es la que lo determinó y resulta cierta y exigible³⁹⁶. La Corte nacional computa los intereses en materia de responsabilidad civil extracontractual, por regla, desde el hecho³⁹⁷, desde el acaecimiento del daño para la pérdida de chances por la muerte del hijo menor³⁹⁸;

³⁹³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 291.

³⁹⁴ SCJBA, 13-5-97, “Castillo, Marcelo c/Expreso Esteban Echeverría s/Daños y perjuicios”, Ac. 65.943; 7-5-2008, “V., N. c/D., R. s/Daños y perjuicios”, C. 85381.

³⁹⁵ CNCCom., sala A, 18-9-2007, “Roncarolo, Silvia c/BBVA Banco Francés SA”, Abeledo-Perrot, N° 1/1031717.

³⁹⁶ Ver PETTIS, Christian, en *Proceso de daños*, dir. por Claudio Kiper, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 297.

³⁹⁷ CSJN, 24-8-2006, “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/Entre Ríos, Provincia de y otros s/Daños y perjuicios”, Fallos: 329:3403; 27-5-2003, “Sitjá y Balbastro, Juan Ramón c/La Rioja, Provincia de y otro s/Daños y perjuicios”, Fallos: 326:1673; 19-12-2000, “Buenos Aires, Provincia de c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) y/o Francisco José Guzmán”, Fallos: 323:4065.

³⁹⁸ CSJN, 13-3-2007, “A. L. R. y otro c/Provincia de Buenos Aires”, voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Fayt, MJ11703.

desde el hecho para la incapacidad y el daño moral³⁹⁹, para el valor vida humana, incapacidad, daño moral y reembolso de los gastos efectuados (de internación y farmacia)⁴⁰⁰ y a partir de la notificación de la sentencia para el rubro tratamiento psicológico futuro⁴⁰¹.

Haciendo aplicación de estos principios se fijó la fecha de arranque de los intereses moratorios desde el momento de la transfusión de sangre que produjo el contagio del virus de HIV, y a partir de la lactancia para el menor que lo contrajo por transmisión de su madre⁴⁰². En la justicia nacional se suscitaron algunas cuestiones, pero más bien por la tasa de interés aplicable y a raíz de la interpretación del fallo plenario de la Cámara Nacional Civil que dispuso que "corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido"⁴⁰³.

IV) Significado de la reforma

Se recepta la opinión de la doctrina y jurisprudencia confirmando certeza al tema de la fecha de devengamiento de los intereses de fuente extracontractual: a partir de la fecha de producción o acaecimiento de cada daño. En materia de daño contractual los intereses, siguen el mismo principio, salvo pacto en contrario o mora.

³⁹⁹ CSJN, 30-5-2006, "Cohen, Eliazar c/Provincia de Río Negro", J. A. 2006-IV-43; 12-4-2011, "Baeza, Silvia c/Buenos Aires, Provincia de"; 6-3-2007, "Mosca, Hugo c/Provincia de Buenos Aires".

⁴⁰⁰ CSJN, 7-12-2006, "Bianchi, Isabel del Carmen c/Provincia de Buenos Aires", L. L. 2007-B-281; 20-12-2011, "Migoya, Carlos Alberto c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y perjuicios" (por daño moral).

⁴⁰¹ CSJN, 12-4-2011, "Baeza, Silvia c/Buenos Aires, Provincia de"; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar* cit., p. 291.

⁴⁰² SCJBA, 7-5-2008, "V. N. c/D. R. s/Daños y perjuicios", 85381.

⁴⁰³ CNCiv., en pleno, 20-4-2009, "Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta SA", L. L. del 22-4-2009, p. 10.

SECCIÓN 5° RESPONSABILIDAD DIRECTA

Fundamentos*

Responsabilidad directa.

"En este tema se comienza con una norma que precisa los conceptos en un sistema de responsabilidad civil que comprende tanto el ámbito contractual como extracontractual. Por ello es responsable directo tanto quien incumple una obligación como quien causa un daño injustificado.

"En cuanto a los actos involuntarios, hay modificaciones en relación con la formulación de la regla. En el Proyecto de 1993 (PEN) se establecía que no hay responsabilidad, excepto que la involuntariedad derive de la culpa o bien se fije una indemnización por equidad. En el Proyecto de 1998 se cambió por la regla de la responsabilidad, especificando los casos de falta de discernimiento, el error, o el acto automático. En este Anteproyecto se establece la responsabilidad, evitando la enumeración casuística. Es decir, hay responsabilidad plena, salvo que el juez decida atenuarla por razones de equidad.

"Para el caso de pluralidad de responsables, se establece la remisión a las obligaciones solidarias o concurrentes. El encubridor también responde, en cuanto se acredita que ha cooperado en el daño (artículo 1582 del Proyecto de 1993 [PEN] y artículo 1655 del Proyecto de 1998)".

Art. 1749 *Sujetos responsables.* Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

D) Resumen

En la responsabilidad directa, el deber de reparar es impuesto a quien causó un daño por su hecho propio culposo o doloso, o bien al deudor de una obligación incumplida, ya sea que ese incumplimiento haya sido materializado por él mismo o por terceros.

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

II) Concordancias

Actuación de auxiliares (art. 732); deber de reparar (art. 1716); antijuridicidad (art. 1717); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); responsabilidad objetiva (art. 1723); factores subjetivos (art. 1724); valoración de la conducta (art. 1725); pluralidad de responsables (art. 1751).

III) Interpretación de la norma

III.1) Responsabilidad directa

De acuerdo al hecho que genera el deber de reparar, suele clasificarse a la responsabilidad en directa e indirecta. Mientras que en este segundo caso se es responsable por el hecho de otro (como sucede en los arts. 1753 a 1756), en el primero se responde por el hecho propio: la obligación de reparar es impuesta a quien causó el daño por una acción u omisión suyas.

Como lo indica la norma en comentario, el incumplimiento de una obligación también da lugar a responsabilidad directa, pero no porque haya sido necesariamente el deudor quien incumplió por su propio hecho —pues bien podría haberlo hecho un tercero que aquél puso a ejecutar la prestación en su lugar—, sino porque en virtud del principio de efecto relativo de las obligaciones y los contratos (art. 1201) el incumplimiento, cualquiera sea el hecho que lo materialice, es siempre imputable al deudor. No es posible, entonces, hablar de responsabilidad contractual indirecta, o por el hecho de los grupos, o de las cosas o actividades.

Seguidamente se analizarán los dos supuestos de responsabilidad directa a los que se refiere el artículo que se analiza.

III.2) Incumplimiento de una obligación

De conformidad con lo establecido en los artículos 1716 y 1746, el incumplimiento es el presupuesto indispensable para que exista responsabilidad del deudor de una obligación. Probada la existencia de un incumplimiento, y de daños que están en relación de causalidad adecuada con él, habrá responsabilidad del *solvens*, salvo que éste

demuestre, a su vez, que la obligación se ha extinguido por algún motivo, y en particular por imposibilidad de cumplimiento en los términos de los artículos 955 y 1732 del Código⁴⁰⁴.

Ahora bien, dado que el incumplimiento se define por contraposición a lo que el obligado debía hacer para cumplir —pues consiste en “el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, y en consecuencia, falta de ejecución, o ejecución inexacta de la prestación”⁴⁰⁵—, para determinar su existencia es preciso establecer, en cada caso, qué era “lo debido” por el deudor. Esto conduce necesariamente a la conocida clasificación de las obligaciones “de medios” y “de resultado”, que se encuentra implícita en los artículos 774, 1008, 1252, 1723 y 1768. Si el deudor asumió una obligación de medios —esto es, comprometió simplemente un plan de conducta diligente, tendiente a satisfacer el interés del acreedor, pero sin asegurarlo—, entonces la configuración del incumplimiento requiere de la prueba de su culpa, en los términos del artículo 1723. Si, en cambio, se comprometió un resultado —es decir, se garantizó la satisfacción del interés del acreedor—, se aplica el artículo 1723, y el deudor responde ante la mera falta de consecución del resultado, con independencia de toda culpa de su parte⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile* cit.; JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado* cit., p. 20; BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* cit.; PICASSO, *La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios* cit., p. 991; *La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación* cit., p. 125.

⁴⁰⁵ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 478.

⁴⁰⁶ PICASSO, *El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Obligaciones de medios y de resultado* cit., ps. 1097 y ss.; *La singularidad...* cit., ps. 167 y ss.; BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva* cit., p. 964; VÁZQUEZ FERREYRA, *La responsabilidad contractual objetiva* cit., p. 998; AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual* cit., ps. 61 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1989, ps. 300 y ss.; PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 583; MORELLO y GALDÓS, *Indemnización del daño contractual* cit., ps. 153/154; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113* cit., p. 232; MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones* cit., t. 1, p. 338; STIGLITZ, *Responsabilidad civil por incumplimiento contractual* cit., t. I, ps. 571 y ss.

Es importante resaltar que el incumplimiento al que se refiere el artículo 1749 hace responsable directamente al deudor en todos los casos, independientemente de si la prestación fue materialmente ejecutada por él o por un tercero (porque es indudable que en los dos casos hay incumplimiento). A diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual—donde el responsable indirecto responde por el hecho de otro, como sucede con el principal por el hecho de su dependiente, o con los padres por el hecho de sus hijos (arts. 1753 y 1754)—, en la responsabilidad contractual el análisis no se centra en el hecho que daña sino en el incumplimiento, que en tanto tal es siempre imputable al deudor, de manera directa (y no refleja). Por eso, el hecho de que el obligado introduzca a un tercero para ejecutar la prestación en su lugar en nada altera la naturaleza o el fundamento de dicha responsabilidad⁴⁰⁷.

En este punto, la norma en comentario debe ser puesta en relación con el artículo 732, que establece que el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del hecho del propio obligado. En los Fundamentos elaborados por la Comisión Redactora se menciona—a propósito de este último artículo— que el fundamento de esa solución se encuentra en la estructura del vínculo obligatorio, ya que se dan dos connotaciones esenciales: la irrelevancia jurídica de la sustitución del deudor por el tercero, y la equivalencia de los comportamientos de ambos. Y se

⁴⁰⁷ BÉNAC-SCHMIDT, Françoise y LARROUMET, Christian, *Responsabilité du fait d'autrui*, en *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil*, Paris, 2002, t. IX, p. 4; DURRY, Georges, informe conclusivo en *La responsabilité du fait d'autrui. Responsabilité Civile et Assurances*, noviembre de 2000, p. 63; STARCK, ROLAND y BOYER, *Droit Civil. Les obligations* cit., t. 2, p. 709; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* cit.; LORENZETTI, *La empresa médica* cit., ps. 113, 117/118 y 426 y ss.; TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, *El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social* cit., p. 156; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Daños causados por los dependientes* cit., p. 41; PIZARRO y VALLESPIÑOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 3, p. 157; BANCHIO, *Responsabilidad obligacional indirecta* cit., p. 66; TOBIÁS, *El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas* cit., p. 1143; PICASSO, *Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada* cit., p. 42.

concluye en dichos Fundamentos: “En virtud de ambos elementos, surge la responsabilidad directa del deudor contractual por el hecho de sus sustitutos o auxiliares”.

En otras palabras, si el deudor pone a un tercero a cumplir en su lugar, el incumplimiento materializado por ese tercero hace responsable al deudor también en forma directa, en los términos de los artículos 732 y 1746 del Código. Esto marca una importante diferencia con el régimen de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753), donde se requiere establecer, previamente, la existencia de un hecho ilícito de ese último, para poder extender luego esa responsabilidad al principal (responsable indirecto). En el incumplimiento obligacional producido por un tercero, en cambio, no se requiere acreditar ningún hecho ilícito por parte del ejecutor material de la prestación: basta que, objetivamente, exista incumplimiento, y ello desencadenará la responsabilidad directa del deudor.

Por esa razón, cuando el artículo 1753 se refiere a la responsabilidad del principal por el hecho de los terceros de los que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones debe entenderse que queda excluida la responsabilidad propiamente contractual (la derivada del incumplimiento materializado por el tercero), que se rige por el artículo 1749. El mencionado artículo 1753 se aplicará entonces, únicamente, a los supuestos de responsabilidad extracontractual por daños causados por el ejecutor material de la obligación: daños a terceros no contratantes, o bien daños sufridos por el acreedor como consecuencia de la lesión de bienes distintos de los que conforman el objeto del contrato (v. gr., daños a la persona del acreedor).

III.3) Producción de un daño extracontractual por acción u omisión dolosa o culposa

El segundo caso de responsabilidad directa mencionado por el artículo que se comenta abarca los daños que causa una persona por su acción u omisión. Para comprender claramente los alcances de esta categoría, es preciso efectuar algunas precisiones.

Ante todo, está claro que este segundo supuesto se refiere a los casos de responsabilidad extracontractual, es decir, aquellos en los

cuales el perjuicio no se produce como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente entre el dañador y la víctima. De lo contrario, nos encontraríamos ante la primera categoría ya analizada (incumplimiento de una obligación).

En segundo lugar, cabe resaltar que la ley se refiere a quien causa "un daño injustificado", es decir, sin que medie una causa de justificación del hecho dañoso (arts. 1716 a 1720).

En tercer término, si en la producción del daño intervienen cosas riesgosas o viciosas, o si el perjuicio se produce como consecuencia de una actividad peligrosa, se aplican los artículos 1757 a 1759 —que estructuran un régimen de responsabilidad objetiva—, razón por la cual el supuesto previsto por el artículo 1749 abarca los daños causados sin cosas (por el cuerpo "desnudo": golpes de puño, empujones, etc.; o sin contacto físico: injurias, divulgación no consentida de la imagen, intrusión en la intimidad, traba indebida de medidas cautelares, etc.), o con el empleo de cosas que, por responder dócilmente al obrar humano, no son riesgosas ni viciosas (cosas "instrumentales").

En este punto cabe recordar que el Código ha suprimido la categoría del daño "con la cosa" que contemplaba el artículo 1113 del código derogado, razón por la cual, cuando en la producción del perjuicio intervienen cosas, sólo caben dos opciones: o se considera que ellas son riesgosas —lo que suscita la aplicación de los artículos 1757 a 1759—, o bien se entiende que no lo son, y que, si han tenido algún rol en la producción del daño, ha sido como instrumentos del hombre⁴⁰⁸. En este último caso se aplica el artículo que ahora se comenta.

Aunque el Código no lo diga expresamente, está claro que el factor de atribución aplicable en el caso que se está analizando no puede ser otro que el dolo o la culpa. Es que ninguna norma del Código —con excepción del artículo 1750, referido al supuesto especial de los daños causados por actos involuntarios— prevé un factor objetivo para los daños causados por el hecho propio, lo que torna aplicable el artículo 1721, a cuyo tenor en ausencia de normativa específica el factor de atribución es la culpa. Por lo demás, es claro que este

⁴⁰⁸ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 364.

supuesto es el equivalente a los que contemplaban los artículos 1109 y 1072 del código derogado.

A propósito de este tema, cabe resaltar que —a diferencia del derogado— el Código no distingue entre delitos y cuasidelitos civiles, ni les asigna distintos efectos. En principio, todo daño causado por culpa o dolo genera la responsabilidad del agente en la misma medida, aunque con la excepción prevista en el artículo 1728: el incumplimiento doloso impide al deudor prevalerse de la limitación de las consecuencias resarcibles a aquellas que las partes previeron o pudieron prever.

En conclusión puede afirmarse que, en los términos del artículo 1749, segundo supuesto, del Código, toda acción u omisión dolosa o culposa que causa un daño extracontractual, sin que medie una causa de justificación, compromete la responsabilidad directa de su autor.

IV) Significado de la reforma

El Código maneja en su articulado una clasificación de la responsabilidad directa e indirecta o refleja. El código derogado no la mencionaba expresamente, sin perjuicio de lo cual la doctrina ya clasificaba de ese modo sus disposiciones.

La norma en comentario, con un criterio sistemático y sintético, engloba en la responsabilidad directa tanto a la del deudor de una obligación (ya sea que el incumplimiento haya sido materializado por él, o por un tercero, art. 732) como a la de quien causa un daño no justificado (extracontractual) por culpa o dolo. Se trata de supuestos que el código derogado trataba en diferentes secciones, pero cuya consideración conjunta se toma necesaria frente a la unificación de la responsabilidad contractual y aquiliana.

Art. 1750 *Daños causados por actos involuntarios.* El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742.

El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza.

I) Resumen

La norma trata dos hipótesis distintas. En primer lugar, se dispone que quien causa un daño por un acto involuntario (el realizado sin discernimiento, intención o libertad) puede ser condenado a responder –si el juez lo considera procedente en el caso– con fundamento en la equidad como factor de atribución, lo que puede conducir, según las circunstancias, a un resarcimiento menguado (no pleno). En segundo término, se contempla la situación de quien causa un daño a un tercero bajo los efectos de una fuerza física irresistible. En este supuesto, falta la autoría: no hay acción de parte de quien es instrumento de esa fuerza irresistible, sino de quien la ejerce, y por tal razón únicamente este último es responsable del daño resultante.

II) Concordancias

Hecho jurídico (art. 257); acto voluntario (art. 260); acto involuntario (art. 261); error como vicio de la voluntad (arts. 265 a 270); dolo como vicio de la voluntad (arts. 271 a 275); violencia como vicio de la voluntad (arts. 276 a 278); deber de reparar (art. 1716); antijuridicidad (art. 1717); legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); atenuación de la responsabilidad (art. 1742); sujetos responsables (art. 1749); hecho de los hijos (art. 1754); cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755).

III) Interpretación de la norma

III.1) Responsabilidad por actos involuntarios

Como se vio en el comentario respectivo, quien causa un daño por hecho propio por acción u omisión responde, en principio, por culpa o dolo (art. 1749). Sin embargo, esos factores de atribución requieren, como requisito ineludible, la existencia de una “imputabilidad de primer grado” constituida por la existencia de discernimiento, intención y libertad⁴⁰⁹. No puede haber culpa –ni, *a fortiori*, dolo– si no existe un

⁴⁰⁹ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., 1977, t. III, p. 681.

hecho voluntario (conf. arts. 260 y 261)⁴¹⁰. Por tal razón, el artículo que se comenta –que sigue un criterio similar al que contenía el segundo párrafo del artículo 907 del código derogado– estructura un régimen especial para los daños causados como consecuencia de un acto involuntario, fundado en la equidad como factor de atribución. De más está decir que, dado que la culpa no juega ningún rol para atribuir la obligación de reparar, nos encontramos, en este caso, ante un supuesto de responsabilidad objetiva (arg. art. 1722)⁴¹¹.

El presupuesto para la aplicación de la indemnización de equidad que contempla la norma es la existencia de un daño causado por un acto involuntario. Dado que la antijuridicidad se concibe, en el Código, de un modo objetivo (art. 1717), es claro que el acto es antijurídico aun cuando falte voluntariedad⁴¹².

De acuerdo al artículo 260, un acto es voluntario cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad. Cuando falte alguno de esos elementos, entonces, el acto será involuntario. Por consiguiente, la responsabilidad fundada en la equidad que prevé el artículo 1750 alcanza no sólo a quien obra sin discernimiento (esto es, quien al momento de realizar el acto esté privado de razón, o los actos ilícitos de los menores de diez años, art. 261), aunque sea ése el supuesto más común, sino también a quien produce un perjuicio sobre la base de una falsa apreciación de las circunstancias de hecho, ya sea sobre la base de un error (arts. 265 a 270) o del dolo de otro (arts. 271 a 275), porque en tales supuestos falta la intención como elemento de la voluntad⁴¹³. Lo propio cabe decir de la violencia (arts. 276 a 278), que

⁴¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1989, p. 285.

⁴¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 407; CIFUENTES (dir.) y SAGARNA (coord.), *Código Civil comentado y anotado* cit., t. II, p. 84.

⁴¹² ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 594; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., 2004, t. I, p. 405.

⁴¹³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños* cit., t. 4, p. 593; CIFUENTES y SAGARNA, *Código Civil comentado y anotado* cit. Aunque también se ha sostenido –en referencia al régimen del art. 907 del código derogado, pero con fundamentos igualmente aplicables a la norma que aquí se comenta– que únicamente estarían incluidos en la previsión legal los hechos obrados sin discernimiento (RIVERA, *Instituciones...* cit., t. II, p. 494).

vicia la libertad, aunque cabe hacer la salvedad de lo que más adelante se dirá acerca de los casos en que existe una fuerza física irresistible que excluye totalmente la autoría, supuesto expresamente previsto por el segundo párrafo del artículo en comentario⁴¹⁴. Es que sin perjuicio de que las normas del Código atinentes al error, el dolo y la violencia están concebidas particularmente en lo atinente a los negocios jurídicos, en tanto se trata de vicios de la voluntad, también tienen aplicación en materia extracontractual, para excluir el carácter voluntario del acto ilícito.

Ya se señaló que, constatado que el daño obedece a un acto involuntario, la reparación se funda en la equidad como factor de atribución. Se ha sostenido que el factor equitativo que justifica la responsabilidad en estos casos es prioritariamente de índole económica (por ej., si el agente tiene un patrimonio cuantioso, y la víctima es humilde), y que dicha directiva debe evaluarse no sólo para decidir si procede o no la responsabilidad –pues bien podría concluirse que, en el caso, no es equitativo imponer resarcimiento alguno⁴¹⁵–, sino también para mensurar su alcance⁴¹⁶. La reparación –si el juez la entiende procedente– puede no ser plena, y su importe debe ser evaluado según las circunstancias del caso⁴¹⁷. En ese sentido, el artículo 1750 remite a lo dispuesto en el artículo 1742, que faculta al juez a atenuar la indemnización si ello fuere equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Estas pautas –coincidentes con las que traía el artículo 907, segundo párrafo, del código derogado– serán, en última instancia, las que orientarán a los magistrados a la hora de establecer el importe de la reparación.

Finalmente, cabe hacer una breve referencia a la articulación de la norma comentada con los artículos 1754 y 1755, que estructuran la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos

⁴¹⁴ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. II, p. 694, nota 176.

⁴¹⁵ RIVERA, *Instituciones...* cit., t. II, p. 496.

⁴¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., t. 4, p. 593; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, ob. cit., ps. 405/406; CIFUENTES y SAGARNA, *Código Civil comentado y anotado* cit.

⁴¹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 409; ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. y lug. cit.

que se encuentran bajo el ejercicio de su responsabilidad parental y habitan con ellos. El artículo 1754 hace salvedad de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos, lo cual se refiere no sólo a la que pueda corresponderles por su culpa (art. 1749), sino también en aquellos casos en los que los hijos sean menores de diez años, a la que pueda imputárseles sobre la base de la equidad en los términos del artículo 1750. En tal supuesto, la aplicación del criterio de equidad previsto en la norma en comentario podrá conducir ya sea a la total irresponsabilidad del menor (v. gr., si carece de bienes propios), o bien a su condena a pagar una indemnización atenuada, o, en algún supuesto, una reparación plena (caso del menor que tiene un patrimonio importante y causa daños graves a una persona de escasos recursos). Es evidente que, en esos términos, bien puede ocurrir que la eventual indemnización a cargo del menor sea de un monto inferior a la que corresponde a los padres, pues se trata de dos deudas distintas, aunque concurrentes. Ello independientemente de la responsabilidad que pudiera caberle al menor por otro factor de atribución como el objetivo (v. gr.: “riesgo” por ser titular de la cosa que lo genera).

III.2) *Daños causados mediante el empleo de fuerza física irresistible*

La segunda parte del artículo que se comenta prevé la situación de la persona que causa un daño estando sujeta a una fuerza física irresistible ejercida por un tercero. Es el caso de quien, hallándose caminando por la vereda, es empujado por otro, cae sobre un peatón y lo proyecta contra un automóvil que pasaba por la acera. En tales casos, el sujeto pasivo de la fuerza física es empleado como una mera masa mecánica, razón por la cual, en puridad, no existe ni siquiera acción de su parte, pues la acción humana –que debe ser distinguida de la voluntariedad– requiere de un mínimo de participación subjetiva del agente⁴¹⁸.

Aunque el artículo 276, que se refiere a la violencia como vicio de la voluntad, menciona a la fuerza irresistible, en realidad en tales casos el sujeto es reducido al estado de mero instrumento pasivo de

⁴¹⁸ RIVERA, *Instituciones...* cit., t. II, p. 450.

otro, razón por la cual no puede hablarse de acto: la acción no puede ser imputada al agente aparente, sino al real⁴¹⁹. Por eso –y más allá de que en materia de actos jurídicos esa fuerza anule el acto en los términos del ya citado artículo 276– este supuesto queda fuera de la posibilidad de imponer un resarcimiento de equidad a cargo de la víctima de la fuerza irresistible; como dice Llambías, no hay razón alguna de equidad que pueda justificar la imposición de un resarcimiento a quien actuó como proyectil de la acción de otro⁴²⁰.

IV) Significado de la reforma

La norma se refiere a dos supuestos distintos. En primer lugar, se consagra la posibilidad de imponer un resarcimiento de equidad a cargo de quien causa daños por un acto involuntario. En este punto el Código mantiene el sistema que ya consagraba el segundo párrafo del artículo 907 del código derogado.

En segundo término, la ley aclara que quien actúa impulsado por una fuerza física irresistible no es responsable. Esta disposición específica en materia de responsabilidad no tiene un equivalente en el código anterior –que sólo se ocupaba del tema en materia de vicios del acto jurídico, artículos 936 y 943–, pero su adopción no conduce, sin embargo, a una solución diversa a la de aquél, pues el caso podía igualmente subsumirse en las disposiciones que regulaban el caso fortuito como eximente de responsabilidad.

Art. 1751 Pluralidad de responsables. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.

I) Resumen

En los supuestos en que el daño es causado por varias personas,

⁴¹⁹ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. II, p. 492.

⁴²⁰ LLAMBÍAS, *ob. cit.*, t. II, p. 694.

la obligación de responder de todas ellas se regirá por las normas relativas a las obligaciones solidarias, mientras que si cada una de ellas debe responder por una causa distinta, resultarán aplicables las reglas de las obligaciones concurrentes.

II) Concordancias

Obligaciones simplemente mancomunadas (art. 825); concepto de obligaciones solidarias (art. 827); defensas del deudor solidario (art. 831); derecho a cobrar en la solidaridad pasiva (art. 833); modos de extinción (art. 835); responsabilidad (art. 838); interrupción de la prescripción (art. 839); contribución (art. 840); determinación de la cuota de contribución (art. 841); casos de insolvencia (art. 842); obligaciones concurrentes (art. 850); efectos (art. 851); normas subsidiarias (art. 852); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); hecho de los hijos (art. 1754); responsabilidad de los tutores, curadores y delegados de la responsabilidad paternal (art. 1756); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757); autor anónimo (art. 1761); actividad peligrosa de un grupo (art. 1762); acción contra el responsable directo e indirecto (art. 1773). Ley 25.675, responsabilidad de los partícipes en el daño ambiental colectivo (art. 31). Código Penal, partícipe (art. 45); cómplice (art. 46).

III) Interpretación de la norma

El artículo en comentario establece el alcance de la obligación que pesa sobre quienes ocasionaron el daño a la víctima, en los supuestos en que existe pluralidad de responsables. La diferencia existe en cuanto a la causa de la obligación de resarcir, pues en caso de que ésta sea única, los partícipes, cómplices y consejeros responderán solidariamente, mientras que en los supuestos en que existan diversas causas la responsabilidad será concurrente.

En puridad, la regla que emana de esta norma es una consecuencia del concepto de obligación solidaria y concurrente, pues, mientras la primera se caracteriza por tener un mismo título o fuente (es decir,

se trata de una relación jurídica única), en las obligaciones concurrentes encontramos una pluralidad de obligaciones que coinciden en su objeto⁴²¹.

III.1) *Supuestos de responsabilidad solidaria*

El Código contempla, en primer lugar, los supuestos en que la obligación de resarcir tiene una causa única, aplicando las reglas referidas a las obligaciones solidarias.

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que cuando el artículo 1751 se refiere a quienes "participan" está incluyendo tanto a todos los *autores* (es decir, quienes llevan adelante el hecho ilícito, o toman parte en su realización) como a los *consejeros* (aquellos que, sin ser partícipes, estimulan la comisión del hecho) y *cómplices* (los que prestan al autor o a los autores colaboración o auxilio antes o después de la comisión del hecho)⁴²². Igualmente, dicha enumeración no excluye que otros intervinientes también puedan ser considerados responsables solidarios, pues la norma no realiza una enumeración taxativa al respecto, como sí lo hacía el artículo 1081 del código derogado.

Ahora bien, es dable recordar que las obligaciones de solidaridad pasiva son aquellas en las cuales existe una pluralidad de deudores y un solo acreedor por la misma causa, de forma tal que el *accipiens* podrá reclamar a cualquiera de los deudores el pago íntegro de la deuda (art. 833 del Código)⁴²³. Resultan aplicables en la materia las disposiciones referidas a las obligaciones solidarias (arts. 833 y ss.), a cuyo comentario cabe remitirse.

Sin perjuicio de ello, resulta necesario resaltar algunas de las particularidades de este tipo de obligaciones, en especial en cuanto a sus efectos. En primer lugar, el pago por parte de uno de los codeudores

⁴²¹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 1, ps. 606 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones, La Ley*, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 407.

⁴²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, ps. 140 y ss.

⁴²³ PIZARRO y VALLESPINOS, ob. cit., t. 1, p. 567.

de la totalidad de la obligación produce su extinción respecto de todos (art. 835, inc. a). A su vez, la confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sólo extingue la cuota de la deuda que corresponde a él, subsistiendo la obligación y su carácter solidario (art. 835, inc. c).

Por otra parte, el Código prevé expresamente la acción de contribución entre los deudores, de forma tal que aquel que paga puede repetir de los demás codeudores, según la participación que cada uno de ellos haya tenido en el hecho (art. 840), de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 841. Al respecto, debe ponerse de resalto que el artículo 1082 del código derogado impedía expresamente la posibilidad de demandar a los restantes partícipes la restitución de lo abonado en las partes que le correspondieren, en los supuestos en que el autor había actuado con dolo.

Finalmente, los efectos de la suspensión e interrupción de la prescripción se extienden a favor de los restantes codeudores (arts. 839, 2540 y 2549).

En cuanto a los supuestos en que es aplicable la solidaridad pasiva, son todos aquellos en los cuales el daño es ocasionado por una pluralidad de sujetos, individualizados, y cuya participación puede ser conjunta o concurrente⁴²⁴. Así, quedarán comprendidos en su ámbito los casos en que el daño ha sido causado por el hecho propio de cada uno de los involucrados, cuando se encuentran individualizados (art. 1749), como así también cuando no resulta posible establecer quién o quiénes de un grupo determinado han ocasionado el daño (art. 1761), o en los supuestos en que media una actividad peligrosa de un grupo (art. 1762).

En todos estos casos, como ya ha sido enunciado, la responsabilidad múltiple de cada uno de los partícipes en el hecho ilícito tiene una causa común, más allá de la existencia de otros responsables, cuya obligación pueda ser concurrente.

III.2) *Supuestos de responsabilidad concurrente*

A diferencia del supuesto regulado en el apartado anterior, existen determinados casos en que, si bien existen distintos sujetos responsables

⁴²⁴ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1997, p. 606.

por la producción del daño, cada uno de ellos responde por una causa distinta. Y, conforme a lo regulado en la disposición en comentario, la responsabilidad de cada uno de ellos será concurrente.

Al respecto, cabe recordar que, a diferencia de lo que sucede con las obligaciones solidarias, en las concurrentes los deudores, si bien deben el mismo objeto, lo hacen en razón de causas diferentes (art. 850 del Código, a cuyo comentario se remite). Ello así pues en las obligaciones solidarias existe una sola obligación, con pluralidad de vínculos coligados, mientras que en las concurrentes hay varias obligaciones, sin conexión entre los deudores⁴²⁵.

Las diferencias entre uno y otro supuesto no son menores. En primer lugar, el cumplimiento del término de prescripción, o su interrupción o suspensión respecto de uno de los deudores, no tiene efectos expansivos respecto de los restantes responsables (art. 851, inc. e). A su vez, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás (art. 851, inc. d). Finalmente, la mora de uno de los deudores no produce efectos expansivos con respecto a los otros codeudores (art. 851, inc. f), mientras que en las obligaciones solidarias la mora de uno de los responsables perjudica a los demás (art. 838).

Mientras que en los supuestos enunciados en el apartado anterior la obligación de resarcir de los responsables surge de la misma causa, en el supuesto en análisis la causa de cada obligación es distinta. Así, quedan comprendidos en este apartado todos los supuestos de responsabilidad en los cuales, más allá del responsable directo del perjuicio, existe otro sujeto que debe responder, aunque por razones distintas.

Por ejemplo, la obligación será concurrente entre el principal y el dependiente, pues mientras que el deber de responder de este último se encuentra fundado en su participación directa en el hecho (arts. 1749 y concs.), el principal responderá en forma refleja, con sustento en la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 1753 del Código, que expresamente establece esta solución en el caso.

Lo mismo sucederá cuando deba responder el dueño o guardián

⁴²⁵ PIZARRO y VALLESPINOS, ob. cit., t. 1, p. 608.

de una cosa viciosa o riesgosa (art. 1757), junto al conductor del automóvil o quien operaba la cosa de su propiedad o bajo su cuidado.

En ambos supuestos el deber de responder a cargo de cada uno de los sujetos tiene una fuente distinta, por lo cual su responsabilidad es concurrente frente a la víctima⁴²⁶.

III.3) *El hecho del tercero como eximente*

El artículo en comentario deja bien en claro que cuando varias personas intervienen en la producción del daño su responsabilidad es, según los casos, solidaria o concurrente. Esto requiere ciertas precisiones en relación con el artículo 1731, que regula el hecho del tercero como eximente, y —si bien dispone que aquél debe reunir los caracteres del caso fortuito— se refiere también a la posibilidad de que medie una exoneración parcial.

En realidad, esa exoneración parcial no puede jugar nunca frente a la víctima, porque el artículo 1751, que estamos comentando, establece que siempre que el daño es causado por más de una persona, todas ellas responden por el total de la deuda, ya sea como deudores solidarios o concurrentes. Eso es así, claro está, incluso si alguno o algunos de los participantes únicamente han aportado una porción de la eficacia causal; aun en esos casos, por expresa disposición del artículo en comentario, cada uno de ellos debe responder frente a la víctima por el 100% de la indemnización, sin perjuicio de la acción de regreso hacia los otros coobligados.

Por consiguiente, para que uno de los sindicados como autores del daño pueda exonerarse invocando el hecho de un tercero es preciso que ese otro hecho revista los caracteres del caso fortuito, es decir que haya sido imprevisible o irresistible, además de exterior. Como resulta del artículo 1730, el caso fortuito exime de responsabilidad, lo cual debe entenderse como una exoneración total; si hay caso fortuito, ese hecho imprevisible o inevitable se constituye en la verdadera y única causa adecuada del daño, y desplaza al hecho de los demás

⁴²⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial cit.*, t. 3A, ps. 236 y ss.

sindicados como responsables. En ese supuesto –y únicamente en él–, no puede aplicarse la norma que ahora comentamos (art. 1751), que exige que varias personas “participen” en la producción del daño, es decir que sean autoras de él, en todo o en parte. Por eso dice el artículo 1731 que el hecho del tercero exime si reúne las características del caso fortuito.

Contrariamente, el hecho del tercero que no reúne los caracteres del caso fortuito no exonera –ni siquiera parcialmente– al sindicado como responsable frente a la víctima, pues en tal caso, según queda dicho, se aplica el artículo 1751 y todos los involucrados responden solidaria o concurrentemente, según los casos. La referencia a la posibilidad de exoneración parcial que efectúa el artículo 1731 debe entonces entenderse como referida, exclusivamente, a las relaciones internas entre los corresponsables una vez pagada la deuda; en tal supuesto, cada uno de los responsables podrá hacer valer, en su caso, la eficacia causal del hecho de los demás para obtener una reducción de la parte que le corresponde afrontar (si no fue él quien pagó la indemnización) o para obtener un incremento de la porción que tiene derecho a reclamar a los otros.

Cabe remitir, a mayor abundamiento, al comentario al artículo 1731.

III.4) *Excepción a la regla de la solidaridad. Principio de la simple mancomunación en el incumplimiento de las obligaciones*

Mientras que la norma en comentario consagra el principio conforme el cual la obligación de resarcir el daño ocasionado, cuando existen varios responsables, es solidaria o concurrente –según el caso–, el artículo 828 del mismo cuerpo legal mantiene el principio de la simple mancomunación, pues expresamente dispone que la solidaridad no se presume, y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

A su vez, el artículo 808 establece que si la obligación simplemente mancomunada divisible tiene más de un acreedor o más de un deudor se debe fraccionar en tantos créditos o deudas iguales como acreedores o deudores haya, siempre que el título constitutivo no determine proporciones distintas, y añade que cada una de las partes equivale a una

prestación diversa e independiente. A su turno, el artículo 819 –para la obligación simplemente mancomunada divisible– dispone que la mora de uno de los deudores y los factores de atribución de responsabilidad de uno u otro no perjudican a los demás.

Por consiguiente, el principio que se viene estudiando (todos los corresponsables deben el total de la deuda frente a la víctima) reconoce una excepción en la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones, donde si la solidaridad no resulta de la ley, o del título de la obligación, cada uno de los deudores responderá exclusivamente con relación a su parte, incluso si más de uno de ellos ha incumplido con la prestación que le competía.

IV) **Significado de la reforma**

El Código sienta reglas claras en cuanto a cómo será la forma de responder del sindicado cuando exista una pluralidad de responsables. Así las cosas, y a diferencia del código anterior –que únicamente regulaba la responsabilidad solidaria de todos los autores, consejeros o cómplices–, el artículo en comentario regula la forma en que responderán cada uno de los involucrados, sea que su deber de resarcir el daño tenga la misma causa, o cuando surja de causas distintas.

Art. 1752 *Encubrimiento.* El encubridor responde en cuanto su cooperación ha causado daño.

I) **Resumen**

El Código establece la responsabilidad del encubridor en cuanto su accionar haya sido relevante para la producción del daño.

II) **Concordancias**

Obligaciones concurrentes (art. 850); efectos (art. 851); normas subsidiarias (art. 852); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); hecho de los hijos (art. 1754); responsabilidad de los tutores,

curadores y delegados de la responsabilidad paternal (art. 1756); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757); autor anónimo (art. 1761); actividad peligrosa de un grupo (art. 1762). Código Penal, partícipe (art. 45); cómplice (art. 46); encubridor (art. 277).

III) Interpretación de la norma

El Código incorpora, entre los responsables por los daños ocasionados por un hecho ilícito, al encubridor. El encubrimiento constituye una figura distinta de los autores, consejeros y cómplices, tipificada penalmente entre los delitos contra la administración de justicia (art. 277 del Código Penal). Se configura cuando, sin haber prestado ayuda al autor o a los autores del hecho ilícito, el sujeto, después de la comisión del delito, ayuda al autor a eludir las investigaciones de la autoridad, o a sustraerse de la acción de ella, u omite denunciar el hecho, encontrándose obligado a hacerlo⁴²⁷.

En virtud de ello, no en todos los casos quien actúa como encubridor debe responder por el perjuicio ocasionado, sino sólo cuando su accionar ha cooperado en la producción del daño que sufrió el damnificado, pues es justamente su aporte causal lo que lo obliga a responder, y no su participación directa en el hecho del autor⁴²⁸.

El encubridor no responderá solidariamente con los autores del hecho ilícito, pues debe responder por los daños ocasionados por su propio hecho, que es independiente de la obligación del autor principal. Se aplicarán, en consecuencia, las reglas correspondientes a las obligaciones concurrentes, y no a las solidarias, pues, siguiendo el principio sentado por el artículo 1751 del Código, el deber de responder del encubridor tiene una causa distinta de la que obliga a los autores principales del evento⁴²⁹.

IV) Significado de la reforma

A diferencia de lo que ocurría en el anterior ordenamiento civil,

⁴²⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 141.

⁴²⁸ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. IV-A, p. 27.

⁴²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 142.

el Código regula expresamente el alcance de la responsabilidad del encubridor, y la circunscribe a su participación en el hecho ilícito.

SECCIÓN 6ª

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE TERCEROS

Fundamentos*

Responsabilidad por el hecho de terceros.

"La responsabilidad por el hecho del dependiente es objetiva y comprende: a) al dependiente; b) a las personas que, no siendo dependientes, son utilizadas por el principal para cumplir con sus obligaciones. Es la estructura del vínculo obligacional como fundamento de la responsabilidad, lo cual es concordante con el texto que se propone en materia de obligaciones.

"Se recepta el límite causal tradicionalmente reconocido: se responde cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

"Finalmente, se precisa que es concurrente con la del subordinado, es decir, tiene causa fuente diferente.

"La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los arts. 1658 y cc. del Proyecto de 1998. En el artículo 1587 del Proyecto de 1993 (PEN), se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el Proyecto de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aun habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito".

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Art. 1753 Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

I) Resumen

El artículo en comentario regula los supuestos de responsabilidad del principal por los hechos de los sujetos que se encuentran bajo su dependencia, en los casos de responsabilidad extracontractual. Se establecen los presupuestos para que sea procedente imputar el deber de resarcir los daños ocasionados al principal, es decir que el dependiente cause un daño, la dependencia, y que el perjuicio sea ocasionado en ejercicio o en ocasión de las funciones. Finalmente, la norma establece expresamente que el principal no se excusa cuando su dependiente ha actuado sin discernimiento.

II) Concordancias

Actos voluntarios (art. 260); actos involuntarios (art. 261); actuación de los auxiliares (art. 732); deber de reparar (art. 1716); antijuridicidad (art. 1717); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); responsabilidad objetiva (art. 1723); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); responsabilidad directa (art. 1749); pluralidad de responsables (art. 1751).

III) Interpretación de la norma

El Código establece en el artículo en análisis una cláusula genérica de responsabilidad por el hecho de otro, por los daños que éste ocasione a terceros, pero siempre que se encuentren reunidos todos y cada uno de los presupuestos allí establecidos. El fundamento de la norma se

encuentra en que el comitente garantiza a los terceros ajenos a la relación que lo vincula con su dependiente por los daños que les pueda causar este último en cumplimiento de la función encomendada. Se trata de una obligación legal impuesta por razones de interés social, y como medio para brindar una más eficaz protección a la víctima del perjuicio ante la posibilidad de insolvencia del autor directo⁴³⁰.

III.1) *Los presupuestos de aplicación*

III.1.A) *Relación de dependencia*

La norma en análisis extiende la responsabilidad al principal a aquellos supuestos en que el perjuicio es ocasionado por quienes estén bajo su dependencia. La inexistencia de esa relación entre el principal y el dependiente resulta suficiente para excluir la responsabilidad del primero.

Es importante poner de resalto que esta disposición no comprende los daños que ocasiona a los acreedores del principal el dependiente que ejecuta materialmente las obligaciones asumidas por aquél, pues en dicho supuesto basta la existencia de un incumplimiento para que se configure la responsabilidad directa del deudor (el principal) por los perjuicios ocasionados. En este sentido el artículo 732 del Código, que regula la actuación de los auxiliares del deudor en el cumplimiento de la obligación, establece que el incumplimiento de las personas de las cuales el deudor se sirve para la ejecución de la obligación es equiparable al derivado del propio hecho del obligado, es decir, no existen diferencias entre el actuar propio del *solvens* y el de sus dependientes frente a los acreedores de aquél. Esto excluye el sistema de responsabilidad indirecta que —en principio, y salvo lo que se dirá de los actos involuntarios— estructura el artículo que ahora se comenta.

Es por ello que, cuando el artículo 1753 se refiere a la responsabilidad del principal por el hecho de los terceros de los que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, debe entenderse que se re-

⁴³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, ps. 430 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1997, p. 387.

fiere exclusivamente a los daños que, con ocasión de esa ejecución, el dependiente causa a terceros (caso del chofer de un colectivo que, mientras cumple con el transporte de los pasajeros, arrolla a un peatón), o bien los que produce al propio acreedor, pero fuera del ámbito de las obligaciones del principal, con lo que quedan sujetos al ámbito de la responsabilidad extracontractual (como ocurriría si el dependiente de un comerciante que entrega a otro mercader los bienes que éste adquirió al primero se enreda en una trifulca con el comprador, y lo lesiona)⁴³¹.

Sentado lo anterior, y en segundo término, es dable recordar que –como lo sostiene la mayoría de la doctrina nacional– la relación de dependencia debe entenderse en sentido amplio, y se configura siempre que el autor del daño haya dependido para su accionar de la autorización del principal, aun cuando se trate de una relación circunstancial o gratuita⁴³². Por ello, aunque se encuentran comprendidos en el supuesto más genérico antes aludido, la existencia de un contrato válido entre principal y dependiente no es un requisito *sine qua non* para que resulte posible extender la responsabilidad al principal. De todos modos, se requiere también un virtual poder de dar órdenes, instrucciones u organizar la tarea del dependiente⁴³³, y que este último actúe –al menos en parte– en interés del principal, lo que no quita que también él tenga un interés personal en la ejecución de la tarea⁴³⁴.

III.1.B) *Relación entre las funciones del dependiente y el hecho dañoso*

Aun cuando el anterior presupuesto mencionado se encuentre reunido, ello no es suficiente para que proceda la responsabilidad del

⁴³¹ Ver el comentario al art. 1716.

⁴³² BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 388; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 432; ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 694; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, p. 482.

⁴³³ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, 2004, t. III, p. 60.

⁴³⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 78.

principal, pues aún debe comprobarse la necesaria relación que debe existir entre las tareas propias del subordinado y el perjuicio⁴³⁵.

El Código adopta al respecto una posición amplia en cuanto a dicha relación. En efecto, podrá hacerse responsable al principal, en primer lugar, cuando su dependiente haya actuado en “ejercicio” de la función encomendada, es decir, cuando el perjuicio haya sido ocasionado durante el desarrollo del cometido ordenado, dentro del género de la actividad respectiva⁴³⁶. Pero también se encuentra contemplado el supuesto en que el daño es producido en “ocasión” de la función, es decir, cuando la tarea que desarrolla el dependiente ha sido un antecedente necesario, en el sentido de que el hecho dañoso únicamente pudo ser ejecutado por el dependiente en tal calidad y por mediar esas funciones⁴³⁷.

III.1.C) *“Quid” del acto ilícito del dependiente.*

La responsabilidad del principal en los supuestos de actos involuntarios

En la mayoría de los casos en que resulte aplicable la norma en comentario, será necesario, como requisito para que responda el principal, que haya un acto ilícito cometido por el dependiente. En otras palabras, este último deberá también ser responsable en forma directa por su hecho ilícito, en los términos del artículo 1749 del Código.

Sin embargo, puede suceder que el acto que se imputa a este último sea involuntario, por ejemplo, cuando carezca de discernimiento (arts. 260 y 261). El artículo 1753 establece expresamente que, en este último supuesto, la falta de discernimiento del dependiente no excusará al principal, quien deberá igualmente resarcir el menoscabo sufrido por la víctima.

La cuestión que se plantea es que, a su vez, el dependiente que actuó involuntariamente podrá llegar a responder por razones de equidad (art. 1750), en los supuestos en que el magistrado que interviene en la causa lo considere equitativo (art. 1742). Si ello es así, el principal,

⁴³⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., p. 488.

⁴³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 444.

⁴³⁷ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...* cit., t. III, p. 84.

al igual de lo que sucede en la mayoría de los casos, responderá en forma indirecta por el accionar de su dependiente, y su obligación será concurrente con la de este último.

Por el contrario, en los supuestos en que el juez considere que no procede la indemnización fundada en razones de equidad, se presentará una situación excepcional en la cual, en vez de responder en forma refleja, el principal responderá directamente frente a la víctima.

III.2) *Factor de atribución y eximentes*

En cuanto al factor de atribución, el Código adopta la postura sostenida por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, y establece que el principal responde en forma objetiva por los daños ocasionados por sus dependientes⁴³⁸.

El factor de atribución es la garantía, en virtud de que la norma en análisis consagra un deber de indemnidad a cargo del principal frente a los terceros, por el accionar de los dependientes que se encuentran a su cargo⁴³⁹.

En virtud de ello, comprobada la existencia de la relación de dependencia, y que el daño fue ocasionado en ejercicio u ocasión de la función, para eximirse de responder el principal deberá acreditar la causa ajena (art. 1722).

IV) *Significado de la reforma*

El Código, en el artículo en estudio, introduce en el ordenamiento civil las notas distintivas de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, y sella toda discusión en cuanto a las características del deber de resarcir el daño ocasionado en estos casos. Así, ya no caben dudas de que la responsabilidad del principal es objetiva, concurrente con la del dependiente, y que se extiende también a los daños ocasionados por este último en ocasión de la función. Tam-

⁴³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 385; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 432; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, ob. cit., p. 694; VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., p. 480.

⁴³⁹ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 387; VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., p. 477.

poco en cuanto a que la falta de discernimiento del dependiente no actuará como una eximente.

Art. 1754 *Hecho de los hijos.* Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

I) *Resumen*

Entre los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, el Código prevé, como supuesto especial, la responsabilidad solidaria y objetiva de los padres por los daños que ocasionen sus hijos a terceros, siempre que estén bajo su cuidado y residan con ellos. A su vez, la responsabilidad de los progenitores no obsta a la que concurrentemente le pueda haber a los hijos por el hecho.

II) *Concordancias*

Menor de edad y adolescente (art. 25); emancipación (art. 27); persona menor de edad con título profesional habilitante (art. 30); representación de los incapaces (art. 101); actos voluntarios (art. 260); actos involuntarios (art. 261); responsabilidad parental (art. 641); delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero (art. 643); actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645); obligaciones solidarias (art. 827); derecho a cobrar en la solidaridad pasiva (art. 833); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad directa (art. 1749); daños causados por actos involuntarios (art. 1750); cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755).

III) *Interpretación de la norma*

El artículo en comentario establece la responsabilidad solidaria de ambos progenitores por los perjuicios que ocasionen sus hijos a terceros, siempre que se encuentren bajo su cuidado y convivan con ellos.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que la responsabilidad de los padres, en este supuesto, se desarrolla mientras el hijo sea menor de edad, es decir, hasta que cumpla los 18 años (art. 25). Alcanza, por ende, a los supuestos de perjuicios ocasionados a terceros por menores que carecen de discernimiento para los actos ilícitos (hasta los 10 años, art. 261, inc. b), como para los actos lícitos (hasta los 13 años, art. 261, inc. c), y aún hasta la mayoría de edad antes mencionada. En los supuestos de emancipación en razón del matrimonio cesará la responsabilidad de los padres a partir de la celebración (art. 27).

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en los deberes que incumben a los padres por el ejercicio de la patria potestad en sí, la cual obliga a los progenitores, tanto frente al menor como frente a terceros, a impedir que el niño cause perjuicios. Se trata de una garantía que los padres otorgan a los terceros en cuanto a los daños que ocasionen sus hijos.

En cuanto a los límites de dicha responsabilidad, la norma en análisis se encuentra circunscripta al ejercicio de la responsabilidad parental, regulada en el artículo 641 del Código⁴⁴⁰. Por ello, si los padres del menor conviven ambos con el niño deberán resarcir el perjuicio ocasionado por él (art. 641, inc. a).

A su vez, el divorcio o nulidad del matrimonio, o la separación de hecho de los ascendientes, no obstarán, en principio, a su deber de responder, pues se presume que pesa sobre ambos progenitores la responsabilidad respecto del menor, salvo que una decisión judicial, en interés del niño, la atribuya a uno solo de ellos (inc. b). Sin embargo el artículo 1754 es claro en cuanto a que el ejercicio de la responsabilidad parental no es *per se* suficiente para que el deber de responder por el hecho del menor recaiga sobre ambos progenitores, pues también es preciso que el niño habite con ellos. Ello permite advertir que, encontrándose divorciados o separados de hecho, el no conviviente podrá acreditar que el menor únicamente habitaba con su excónyuge para eximirse, en principio, de responder.

⁴⁴⁰ A los fines de un estudio más profundo de la cuestión referida a la responsabilidad parental, cabe remitirse al comentario del artículo 641 citado.

Finalmente, en los supuestos de fallecimiento de uno de los progenitores, o en los cuales el hijo extramatrimonial cuente con un solo vínculo filial, o cuando se haya establecido judicialmente que uno solo de los ascendientes tiene la responsabilidad parental, únicamente dicho progenitor deberá hacer frente a las indemnizaciones que correspondan frente al tercero damnificado (art. 641, incs. c, d, y e).

Por otra parte, el Código establece –al igual que el artículo 1114 del código derogado– la responsabilidad solidaria de ambos padres por el hecho de los hijos. Esta previsión se refiere a que ambos padres se encontrarán obligados a responder frente al tercero indistintamente, por el total de la indemnización correspondiente (arts. 833 y concs. del Código).

Sin embargo, frente a la eventual obligación personal que corresponde a sus hijos, la obligación de los padres será concurrente, pues la causa de ambos deberes es distinta (art. 850 del Código). Sentado ello, es preciso realizar una disquisición vinculada con la edad del menor, pues distinta será la situación si es mayor o menor de diez años.

En el primer caso, nos encontraremos ante un autor que tiene discernimiento para los actos ilícitos, en los términos del artículo 261 del Código, y, por ende, el deber de resarcir del menor se regirá por las disposiciones referidas a la responsabilidad por el hecho propio (arts. 1749 y concs. del Código). Por su parte, la obligación de los padres, por el hecho voluntario de su hijo, será refleja y concurrente con la de su descendiente⁴⁴¹.

Por el contrario, en el segundo supuesto no nos encontramos ante un acto involuntario por parte del menor (art. 261 del Código). Sin embargo, toda vez que la antijuridicidad se concibe en el Código de un modo objetivo (art. 1717), el accionar del menor carente de discernimiento será antijurídico, aun cuando falte voluntariedad⁴⁴². E incluso, si el juez lo considera equitativo, podrá recaer sobre él la carga de resarcir, en todo o en parte, los perjuicios ocasionados, de confor-

⁴⁴¹ REYNA, Carlos A., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, ps. 650 y ss.

⁴⁴² Se remite, en este aspecto, al comentario al art. 1750.

midad con lo dispuesto por el artículo 1750. Por ende, en esta segunda hipótesis la responsabilidad de los padres será refleja si hay también responsabilidad del menor (v. gr., por equidad), y directa en caso contrario.

Al consagrar que los padres responden en forma concurrente con sus hijos, el Código les confiere en forma expresa la acción de contribución prevista en el inciso h, del artículo 851, a cuyo comentario corresponde remitir.

IV) Significado de la reforma

La disposición en estudio establece los caracteres de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos, en forma similar a lo dispuesto por el artículo 1114 del código anterior, reformado por la ley 23.264.

Art. 1755 Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

D) Resumen

La responsabilidad por el hecho de los padres es objetiva, de forma tal que, para eximirse de responder, deberán acreditar la ruptura del nexo causal. Sin embargo, existen otros eximentes, entre los cuales se encuentra el hecho de que el menor sea puesto al cuidado de otra persona, transitoria o permanentemente, o cuando aquél se encuentre

realizando tareas inherentes al ejercicio de su profesión u otra actividad monitoreada por terceros. Finalmente, tampoco responderán los progenitores en los supuestos en que el menor haya contraído una obligación contractual válida.

II) Concordancias

Menor de edad y adolescente (art. 25); emancipación (art. 27); persona menor de edad con título profesional habilitante (art. 30); representación de los incapaces (art. 101); actos voluntarios (art. 260); actos involuntarios (art. 261); responsabilidad parental (art. 641); delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero (art. 643); actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645); obligaciones solidarias (art. 827); derecho a cobrar en la solidaridad pasiva (art. 833); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad directa (art. 1749); daños causados por actos involuntarios (art. 1750); responsabilidad de los padres (art. 1754); responsabilidad de otras personas encargadas (art. 1756); responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 1767).

III) Interpretación de la norma

III.1) Factor de atribución y eximentes

La disposición en comentario es clara en cuanto establece la responsabilidad objetiva de los padres por el hecho de sus hijos menores. Por ende, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1722 del Código, para eximirse de responder los padres deberán acreditar la ruptura del nexo causal.

No será suficiente, a tal fin, la prueba por parte de los ascendientes de que les era imposible evitar el daño, o su no culpa. Únicamente acreditando el hecho del damnificado, el de un tercero o el caso fortuito o fuerza mayor, los progenitores podrán eximirse de responder por el hecho ilícito de su descendiente.

Sin embargo, la norma consagra una eximente más: cuando el menor es puesto bajo vigilancia de otra persona, sea transitoria o permanentemente. Así, cuando el niño se encuentre bajo el cuidado de una

institución de estudios o de recreación, cesará la responsabilidad de los progenitores mientras su hijo esté sometido al control y vigilancia de dicho establecimiento. En este punto, el Código establece una diferencia con el artículo 1115 del código derogado, que únicamente preveía la extinción del deber de responder de los padres en los supuestos en que se había transferido la guarda del niño con carácter permanente, respecto de establecimientos de cualquier tipo⁴⁴³. La transitoriedad que exige el artículo 1755 requiere de un grado de permanencia. Además, la responsabilidad parental no cesará si el hijo no se encuentra bajo la vigilancia de otra persona que pueda responder por los daños que ese menor pueda ocasionar, si no bastaría con que el menor haya sido colocado transitoria o permanentemente bajo el cuidado de otra persona para desligarse de la responsabilidad parental, sin que el damnificado tenga un responsable por el hecho de ese menor. En fin, la responsabilidad cesará siempre que haya un responsable que responda por el hecho de ese menor.

Los padres no se eximirán de responder por el solo hecho de que haya existido una delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente o tercero, en los términos del artículo 643 del Código. Ello así pues dicho cese temporal del cuidado del menor es voluntario de los padres, y no hace cesar la titularidad de la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores.

III.2) *Convivencia con los progenitores*

Como surge de lo dispuesto por el artículo 1754, entre otros presupuestos, para que surja el deber de responder de los padres es preciso que el menor habite con ellos. Sin embargo, dicho principio encuentra una restricción en el artículo 1755, consistente en que la falta de convivencia entre el menor y sus progenitores no se haya producido por una causa que es atribuible a estos últimos.

Por ende, no cesará el deber de responder de los padres en el supuesto de abandono del menor, o cuando uno de los ascendientes se retira del hogar sin una razón legítima⁴⁴⁴.

⁴⁴³ REYNA, en ob. cit., p. 673.

⁴⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 602.

III.3) *Ejercicio de actividades lucrativas e incumplimiento contractual por el menor*

Tampoco podrá imputarse responsabilidad a los padres, conforme a lo establecido en el artículo 1755, cuando el daño se produzca mientras el menor se encuentra realizando una actividad inherente a su profesión, o cuando desarrolle tareas bajo el control de terceros.

Al respecto, es dable poner de resalto que el artículo 30 del Código faculta al menor de edad que ha obtenido título habilitante a ejercer su profesión, por cuenta propia y sin necesidad de previa autorización. Asimismo, cuenta con capacidad suficiente para administrar y disponer de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo, y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas con ello.

Sin embargo, el desarrollo de dicha actividad no obsta a la responsabilidad parental (art. 641), de forma tal que es preciso delimitar el alcance del deber de responder de los progenitores, que no alcanza a los daños provocados en oportunidad del trabajo o del ejercicio de la profesión de que se trate, pero manteniendo el principio de la atribución de responsabilidad en los restantes supuestos⁴⁴⁵.

Por otra parte, cuando el menor trabaja en relación de dependencia la eximición de la responsabilidad de los padres aparece patente, porque la tarea del menor se encuentra subordinada jurídicamente a su principal, quien le imparte las instrucciones y directivas pertinentes⁴⁴⁶, y quien deberá responder en caso de que el dependiente, en ejercicio o en ocasión de su función, ocasione un daño a terceros (art. 1753).

Por último, el artículo 1755 excluye expresamente la responsabilidad de los progenitores en los supuestos en que se reclamen al menor las consecuencias dañosas del incumplimiento de una obligación contraída válidamente por él. En consecuencia, el deber de resarcir los daños ocasionados por el menor a terceros por los padres se en-

⁴⁴⁵ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. IV, p. 1011.

⁴⁴⁶ REYNA, en ob. cit., p. 654.

cuentra restringido, únicamente, a los supuestos de responsabilidad extracontractual, ya sea porque no existió ninguna vinculación entre el menor y la víctima, o porque el daño se causó en el marco de un negocio jurídico viciado de nulidad.

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio establece expresamente la responsabilidad objetiva de los padres por el accionar de sus hijos. Asimismo, dispone una restricción a la regla conforme a la cual el menor, para que nazca la obligación del padre o madre de resarcir los daños ocasionados, debe convivir con ellos. Así, subsistirá su responsabilidad cuando la falta de convivencia le sea atribuible al accionar del titular de la responsabilidad parental.

Art. 1756 *Otras personas encargadas.* Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.

Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

I) Resumen

El artículo en comentario establece la responsabilidad de los tutores y curadores, como así también de quienes ejercen la responsabilidad parental en virtud de la delegación prevista en el artículo 641 del Código, por los daños que ocasionen las personas que se encuentren a su cuidado. A diferencia de los padres, los tutores, curadores y delegados responderán subjetivamente por dichos perjuicios. Por otra parte, se regula la responsabilidad de los establecimientos de salud

mental, en lo que se refiere a los daños que las personas que se encuentren allí internadas ocasionen a terceros.

II) Concordancias

Personas incapaces de ejercicio (art. 24); menor de edad y adolescente (art. 25); emancipación (art. 27); reglas generales sobre las restricciones a la capacidad (art. 31); persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); sentencia de incapacidad (art. 37); alcances de la sentencia (art. 38); internación (art. 41); inhabilitados (art. 48); efectos de la inhabilitación (art. 49); representación de los incapaces (art. 101); tutela (art. 104); tutor designado por los padres (art. 106); discernimiento judicial de la tutela (art. 112); curatela (art. 138); tutela dativa (art. 107); actos voluntarios (art. 260); actos involuntarios (art. 261); responsabilidad parental (art. 641); delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero (art. 643); actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645); obligaciones concurrentes (art. 850); antijuridicidad (art. 1717); factores subjetivos (art. 1724); responsabilidad directa (art. 1749); daños causados por actos involuntarios (art. 1750); responsabilidad de los padres (art. 1754); responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 1757); relación de consumo (arts. 1092, 1093 y 1094). Ley 24.240, relación de consumo (arts. 1º y 2º).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Responsabilidad de los tutores, curadores y delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental*

III.1.A) *Alcance de la responsabilidad*

El Código incluye, entre los responsables por el hecho de otro, a los tutores, curadores y delegados de la responsabilidad parental, quienes deberán resarcir los daños ocasionados a terceros por las personas que se encuentren bajo su cuidado. La primera cuestión a dilucidar es en qué supuestos puede considerarse que existe tutela,

curatela y delegación de la responsabilidad parental, y por cuáles actos deben responder dichos sujetos.

Comenzando con la tutela, cabe recordar que esta institución se configura cuando, para la protección de la persona y bienes de un niño, niña o adolescente (art. 104), se designa a una persona, distinta de sus padres, para que ejerza su representación legal (art. 117), y se haga cargo del menor (art. 118). A su vez, la tutela puede surgir de una designación realizada por los padres –con homologación judicial– (art. 106), o directamente por el juez (art. 107).

Ahora bien, con anterioridad a la reforma del código derogado se discutía si era suficiente que una persona se haga cargo del cuidado de un menor, aunque sea *de facto*, para que surja el deber de responder⁴⁴⁷. Sin embargo, la redacción del Código permite advertir que ello no es así, pues la tutela siempre debe ser discernida judicialmente, lo que impide incorporar un supuesto no previsto a los taxativamente establecidos en el artículo en comentario⁴⁴⁸. En consecuencia, el tutor será responsable por todos los actos ilícitos cometidos por el menor en perjuicio de un tercero, siempre que ejerza dicha función por expresa decisión judicial.

En lo que se refiere a la responsabilidad de los curadores, su accionar queda limitado en función del régimen de restricciones a la capacidad. Por el artículo 31, inciso a, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Y en el artículo 32, último párrafo, se prevé que por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. Será aquí cuando el curador responda por los hechos de la persona sujeta a curatela. Los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad previstos en el artículo 43 no constituirán el curador de esta norma comentada. Los apoyos que designe el juez podrán serlo para

⁴⁴⁷ REYNA, en ob. cit., p. 661.

⁴⁴⁸ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, ob. cit., t. IV, p. 1084.

la persona con capacidad restringida o con incapacidad (art. 32, 2° párr.) o para los pródigos que inhabilite el juez (arts. 48 y 49).

Finalmente, el Código consagra la posibilidad, en el artículo 641, de que los padres deleguen el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente o tercero idóneo, por el término de un año, previa homologación judicial. En estos supuestos, el deber de responder del delegado por los hechos del menor se extenderá durante el término que dure su ejercicio, y se encontrará regido por el sistema previsto en el artículo en comentario.

Es dable tener en cuenta, a su vez, que la eventual responsabilidad de quien ejerce la delegación no excluye –por esa sola circunstancia– la responsabilidad de los padres, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1755.

III.1.B) *Presupuestos del deber de responder*

El artículo 1756 mantiene el régimen de responsabilidad de los tutores y curadores que ya existía en el artículo 1114 del código derogado, incluyendo al delegado de la responsabilidad parental, figura antes inexistente. En efecto, dichos representantes responderán subjetivamente por los perjuicios ocasionados por las personas que se encuentran bajo su cuidado.

Es ése el alcance que debe otorgarse al segundo párrafo de dicha disposición, al establecer que los representantes ya mencionados se exonerarán de responsabilidad si prueban que les ha sido imposible probar el daño. Sin embargo, como son los curadores, tutores o delegados quienes deberán probar la imposibilidad, existe una presunción de culpa a favor de la víctima, que debe ser desvirtuada por prueba en contrario.

Existe, igualmente, una importante limitación respecto de esta eximición, pues no bastará que el representante no se encuentre presente al momento de producirse el hecho para que se exima de responsabilidad, siempre que se encuentre configurado el factor de atribución subjetivo antes mencionado.

Al igual que lo que sucede respecto de la responsabilidad de los padres, el deber de responder de los tutores, curadores y delegados es

concurrente con el de sus pupilos, ya se trate de actos voluntarios o involuntarios (arg. arts. 850 y 851 del Código).

III.2) *Responsabilidad de los establecimientos de internación*

En su último párrafo, el Código establece la responsabilidad de los establecimientos de internación por el hecho de las personas que se encuentren bajo su cuidado o supervisión, sea transitoria o permanentemente. Aun cuando también en este supuesto el Código establece que dichas instituciones responderán subjetivamente por el hecho de los internados, a diferencia de lo que ocurre con los tutores, curadores y delegados, no consagra una presunción de culpa a favor de la víctima, de forma tal que será esta última quien deberá probar la existencia de negligencia por parte del órgano asistencial.

Más allá de ello, es dable destacar que este supuesto de responsabilidad será aplicable únicamente respecto de los daños que los internados ocasionen a terceros, pero no a los perjuicios que sufran estos últimos durante la internación. Ello así pues este último supuesto se regirá por las disposiciones relativas a la relación de consumo (arts. 1092, 1093 y 1094 del Código, y 1° y 2° de la ley 24.240). Por ende, cuando el perjuicio sea sufrido por el internado, la institución responderá objetivamente por el incumplimiento de la obligación de seguridad prevista en el artículo 5° de la ley 24.240.

IV) **Significado de la reforma**

La disposición en estudio, a diferencia de lo que ocurre en el código derogado, distingue entre la responsabilidad de los padres y la de los tutores y curadores, pues estos últimos podrán eximirse de responder si prueban que no pudieron evitar que se produzca el daño, mientras que la responsabilidad de los primeros es objetiva.

Asimismo, el artículo 1756 establece la responsabilidad subjetiva de los establecimientos de internación, con la salvedad mencionada precedentemente en cuanto a la aplicación del régimen tuitivo del consumidor a estas instituciones.

SECCIÓN 7ª

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y DE CIERTAS ACTIVIDADES

Fundamentos*

Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades.

“Luego de la reforma de la ley 17.711 al artículo 1113 del Código Civil se ha desarrollado una amplia y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de este texto que no se puede ignorar.

”También es necesario incluir el concepto de actividad riesgosa, que la mayoría de la doctrina argentina ha aprobado. Respecto de la definición de esta noción, en cambio, hay muchas discrepancias. La inclusión de la actividad riesgosa sin ninguna precisión, hace que cualquier actividad humana pueda ser considerada como tal, generalizando la responsabilidad de modo excesivo y sin precedentes en el derecho comparado.

”Por éstas razones el texto contempla dos supuestos:

”—El daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, que mantiene la ya referida regla del artículo 1113 del actual Código.

”—De las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

“Sobre este aspecto hay mucha controversia e ideas diferentes que se han discutido en la Comisión. Se ha optado por mantener un criterio amplio que ha sido utilizado en la jurisprudencia, calificando la actividad de riesgosa o peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

”En todos los casos la responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

”En cuanto a los sujetos responsables, se admite que el dueño y el guardián son responsables indistintamente del daño causado por las

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño no responde si prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. Se trata de criterios sostenidos por la doctrina jurídica argentina durante muchos años”.

Art. 1757 Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

I) Resumen

La norma reemplaza la segunda y tercera partes del artículo 1113 del código anterior. Prevé el riesgo creado y el vicio de las cosas y de las actividades riesgosas y peligrosas que constituyen el factor de atribución de responsabilidad objetivo cuantitativamente más importante por la mayor cantidad de casos que se presentan. Mantiene el distinguo entre riesgo y vicio y suprime la anterior responsabilidad por los daños causados con las cosas, fundada en la presunción de culpa del régimen derogado (art. 1113, 2ª parte, primer supuesto).

II) Concordancias

Responsabilidad objetiva en el leasing (art. 1243); responsabilidad del transportista (art. 1286); patrimonio separado, seguro, en el fideicomiso (art. 1685); sujetos responsables (art. 1758); daño causado por animales (art. 1759); profesionales liberales (art. 1768); accidentes de tránsito (art. 1769). Ley 23.184 de Espectáculos Deportivos, t. o. 24.192 (art. 33).

III) Interpretación de la norma

III.1) Antecedentes del régimen anterior.

Principios que mantienen vigencia

1. La reforma del año 1968 introdujo en el código derogado, basado esencialmente en la responsabilidad por culpa, la teoría del riesgo creado fundado en que “es equitativo que quien con sus actividades crea riesgos para terceros, asuma la responsabilidad por los daños, tanto más si se beneficia económicamente de tales actividades”⁴⁴⁹. La reforma de la ley 17.711 agregó al texto originario del artículo 1113 de dicho código dos supuestos: en los “daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa” (2ª parte, 1º párrafo del art. 1113); “pero si el daño hubiese 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” (2ª parte, 2º párrafo del art. 1113). De allí que el sistema anterior, aunque las opiniones estaban divididas, diferenciaba tres hipótesis: 1) el daño puro del hombre, sin intervención de cosas, o daños causados por el hombre (art. 1109); 2) el daño producido con las cosas o daños causados por el hombre con una cosa, en los que prevalecía la actuación del hombre que empleaba la cosa como instrumento para causar perjuicio (art. 1113, 2º párrafo, 1º supuesto). Éste era un caso de presunción de responsabilidad de tinte subjetivo y el dueño y el guardián se eximían mediante la prueba de que de su parte no había mediado culpa (que había actuado diligentemente); 3) el riesgo creado o el daño producido por la intervención activa de una cosa o por una cosa de riesgo o por cosa riesgosa o por una actividad riesgosa o peligrosa (art. 1113, 2º párrafo, 2º supuesto). Se trataba de una responsabilidad objetiva en la que el sindicado como responsable sólo se eximía con la prueba de la causa ajena⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ BORDA, Guillermo A., *Fundamento de la responsabilidad extracontractual*, en E. D. 94-1959.

⁴⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Estudios sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el Derecho argentino*, en *Derecho de Daños. Segunda parte. Homenaje al doctor profesor Jorge Mosset Iturraspe* cit.; ANDORNO, Luis y GARRIDO, Roque, *El artículo 1113 del Código Civil. Comentado y anotado*, Hammurabi, Buenos Aires,

2. La interpretación del anterior artículo 1113 del código derogado originó algunas discrepancias, particularmente para definir los supuestos comprendidos y para deslindarlos de la responsabilidad por culpa probada (art. 1109) y de la culpa presumida (art. 1113, 2º párrafo, 1º supuesto). Se sostuvo, con fuerte coincidencia, que “el riesgo presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por la forma de su utilización”⁴⁵¹; comprendía “los detrimentos generados por cosas que son peligrosas o riesgosas por su propia naturaleza o en razón de su utilización o empleo”⁴⁵². En otras palabras, abarcaba los casos en que el dueño o guardián aumentaba, multiplicaba o potenciaba la dañosidad de las cosas (animadas o inanimadas), las que debían intervenir activamente en la producción del daño⁴⁵³. Mayoritariamente se diferenciaba el riesgo del vicio como supuestos distintos.

Una posición afirmaba que el riesgo creado comprendía el riesgo de la cosa sin distinción en riesgo anormal, impropio o irregular porque la actividad o cosa más inofensiva podía, en ciertas circunstancias, volverse peligrosa⁴⁵⁴. En la jurisprudencia que seguía esa orientación se afirmaba que “considerar que una cosa ofrece un ‘riesgo normal y lógico’ es ca-

1983, p. 283; BREBBIA, Roberto, *Un tema recurrente en el Derecho Privado argentino: el hecho de la cosa y el hecho con la cosa*, en L. L. 1989-C-925; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *¿Daño causado con la cosa o por la cosa?*, en L. L. 1989-A-506; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos*, en L. L. 1989-C-945; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La recepción de la teoría del riesgo creado por el Código Civil a través del artículo 1113 del Código Civil*, en L. L. 1979-D-703; *Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa*, en L. L. 1989-E-8; GALDÓS, Jorge M., *El riesgo creado, la culpa y cuestiones conexas*, en L. L. 2006-F-1361; *Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2012-3, *Proyecto de Código Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 345.

⁴⁵¹ Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1969.

⁴⁵² PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, Universidad, Buenos Aires, 1983, p. 343.

⁴⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado cit.*, 1994, t. 5, p. 459, N° 13 g. Ver *Reformas al Código Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993, art. 1590 proyectado por la Comisión del P. E. designada por decreto 468/92.

⁴⁵⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, ps. 124/125, especialmente notas 168 y 169.

lificar el riesgo al agregar un nuevo elemento que dificulta la labor judicial y tiende a un retorno de la culpa; en estos casos debe sancionarse el mero riesgo”. No es posible –se añadía– exigir la prueba del funcionamiento anormal de la cosa en el accidente, ya que una cosa bien puede generar un riesgo sin haber mediado nada anormal⁴⁵⁵. En cambio, otra postura diferenciaba dos clases de cosas: las que tenían autonomía para dañar y las cosas que no eran normalmente peligrosas. Las primeras podían contener un peligro estático o dinámico: el peligro estático era el de aquellas que conllevaban en sí el riesgo pero que requerían de un factor extraño para desencadenar el daño; se trataba de las cosas con riesgo latente. Por otro lado el peligro dinámico era el de las cosas que llevaban el riesgo en su accionar; se trataba de las cosas con riesgo patente⁴⁵⁶. En sentido parecido se diferenciaban las cosas inofensivas de las que no lo eran. Algunas cosas eran peligrosas en sí mismas con arreglo a su propia naturaleza y destino normal, o sea por su sola existencia o por su forma corriente de utilización. En cambio, el riesgo previsto en la ley era “específico (pertenece a determinadas especies o clases de cosas); intrínseco (inherente a ellas); normal u ordinario (en el sentido de frecuente, regular y probable), y extraordinario ya que la peligrosidad es mayor a las demás especies de cosas no riesgosas en sí mismas”⁴⁵⁷.

Por lo demás, y finalmente, se hacía hincapié en la relación causal proponiendo atender esencialmente a la comprobación de la incidencia causal de la cosa en la producción del daño, en análisis que se verificaba *ex post facto*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ SCJBA, 7-8-84, “Cruseño, José Horacio c/Tenor SA”, Ac. L. 32.813, E. D. 112-531 y D. J. I. 127-414; 12-9-89, “Sapia, Miguel A. c/Establecimiento Modelo”, Ac. L. 42.387, A. y S. 1989-III-343; 28-6-2006, “R., L. G. y ots. c/Fundación Médica Mar del Plata y ot. s/Accidente de trabajo”, Ac. L. 79.690; 30-4-2003, “Ferreira, Gustavo R. c/Benito Roggio e Hijos SA s/Indemnización por daños y perjuicios”, Ac. L. 74881.

⁴⁵⁶ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., p. 390, N° 1041-1047.

⁴⁵⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113 cit.*, p. 58; *La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil*, en J. A. 1988-I-905; *Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 58-66 y *pássim*.

⁴⁵⁸ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil cit.*, 2004, t. III, ps. 323 y 348.

3. Se discutía también si el artículo 1113 del código derogado comprendía a las actividades riesgosas y si la actividad riesgosa requería –o no– de la utilización de cosas. Buena parte de la doctrina afirmaba que la actividad riesgosa estaba comprendida en el riesgo de la cosa, aunque sólo si se valía de o empleaba cosas. Otra tesis afirmaba que “el artículo 1113 del Código Civil comprende las actividades riesgosas aunque no hayan sido utilizadas cosas en la causación del perjuicio”⁴⁵⁹. Una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales) o por las circunstancias de su realización (v. gr., por algún accidente de lugar, tiempo o modo) genera riesgo o peligro para terceros, intervenga o no una cosa, activa o pasivamente⁴⁶⁰. Esta concepción preferenciaba el riesgo más que la cosa porque –se decía– podía concurrir riesgo creado sin mediar actuación de cosas. La actividad riesgosa es aquella que potencia la probabilidad de daños a terceros, acrecienta el nivel normal de peligro ínsito en toda conducta humana lícita, con una tipicidad social determinada. En este contexto se incluye “la actividad riesgosa por su naturaleza o por los medios empleados con o sin cosas”⁴⁶¹. La jurisprudencia de la Corte nacional admitió la actividad riesgosa como factor objetivo de atribución de responsabilidad en la causa “Mosca”⁴⁶².

4. Las diferentes posiciones mencionadas, en lo sustancial, mantienen vigencia en el sistema actual en lo atinente al distingo entre riesgo y vicio, a las notas tipificantes de ambos supuestos objetivos de responsabilidad y a la incorporación de las actividades riesgosas y peligrosas, aun sin la participación de cosas. Ello así ya que el artículo 1757 alude también –igual que el anterior artículo 1113– al “riesgo

⁴⁵⁹ Conclusiones de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, 27 al 29 de octubre de 1994, en J. A. 1995-II-995.

⁴⁶⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños* cit., p. 58; PIZARRO, Ramón D., *Actividades riesgosas*, en ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto (dirs.), *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 225.

⁴⁶¹ BREBBIA, Roberto H., *Responsabilidad por el riesgo creado (Balance de la teoría al cumplirse un siglo de su aparición)*, en L. L. 1995-815.

⁴⁶² CSJN, 6-3-2007, “Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 330:563, L. L. 2007-B-363.

y vicio de las cosas”. De modo que en ese aspecto no hay diferencias importantes con relación al sistema anterior. El daño causado por el riesgo creado, el riesgo con la cosa, la cosa riesgosa, o por la cosa con riesgo significa –en definitiva– que se debe valorar después de acaecido el hecho lesivo si el daño se produjo por la incidencia causal de la cosa, esto es si la participación o intervención activa de la cosa –con riesgo intrínseco o extrínseco, inerte, en movimiento, riesgo ordinario o extraordinario– fue la causa adecuada del daño. De este modo, y al ponerse el foco en la relación de causalidad, no importa tanto el riesgo en sí de la cosa sino determinar *ex post facto* si la causación del daño obedeció a la idoneidad o aptitud de la cosa para producirlo.

III.2) Principales características del régimen actual

1. El artículo 1757 recepta las principales ideas y principios sobre los que existía mayor consenso, particularmente las líneas interpretativas más sobresalientes de la Corte nacional. Las directrices más destacadas y que mantienen plena vigencia en el sistema vigente son las siguientes:

a) Se conserva el distingo entre el riesgo y el vicio, los que no son asimilables. El riesgo “presupone la eventualidad posible de que una cosa llegue a causar daño” y el vicio “un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal”⁴⁶³. Existe “una nítida distinción entre riesgo creado y vicio” y sostener que una cosa sólo es riesgosa para terceros “importa restringir indebidamente su ámbito de aplicación, eliminando la responsabilidad por el hecho de las cosas”, lo que “desvirtúa y vuelve inoperante el texto legal”⁴⁶⁴. Es importante destacar la actualidad de estos conceptos, sobre los que el nuevo Código no innovó, manteniendo vigor la aseveración de que el riesgo de la cosa “es la contingencia del daño que puede

⁴⁶³ CSJN, 19-11-91, “O’Mill, Alan c/Prov. del Neuquén”, J. A. 1992-II-153 y *Fallos*: 314:1512.

⁴⁶⁴ CSJN, 28-4-92, “Machicote, Ramón c/Empresa Rojas SA”, D. T. 1993-A-555; 4-10-94, “Castro, Susana c/Amadeo Quiroga Transportes SA”, J. A. 1995-I-294, con nota de Isidoro Goldenberg.

provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por su naturaleza, en tanto en cuanto por las especiales circunstancias del caso dado, haya resultado apta para llegar a ocasionar el perjuicio, haya podido tener efectiva incidencia causal en su producción⁴⁶⁵.

b) "El fin específico del riesgo creado es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio con indiferencia de toda idea de culpa"⁴⁶⁶.

c) "El riesgo creado regula la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y constituye el principio rector de la materia"⁴⁶⁷.

d) Pesan "presunciones concurrentes sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otro, salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes" y "la neutralización de los riesgos no puede dejar de lado los factores de atribución de responsabilidad que rigen en este ámbito"⁴⁶⁸.

e) Se suprime en el artículo 1757 actual la categoría de daños con las cosas, por lo que queda eliminado el supuesto de daños causados por el hombre valiéndose de una cosa (art. 1113, 2º párrafo, 1ª parte, código anterior), el que estaba en desuso. Se dijo que se trataba de una hipótesis que "en la práctica presenta una cierta inanidad"⁴⁶⁹. El supuesto de daños causados con las cosas preveía una presunción de

⁴⁶⁵ TRIGO REPRESAS, Félix, *El concepto de cosa riesgosa*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I, Anuarios-Anales. Segunda época, Año XXXIX, Nº 32-1994, Buenos Aires, 1995, p. 367.

⁴⁶⁶ CSJN, 13-10-94, "González Estraton, Luis c/Ferrocarriles Argentinos", J. A. 1995-I-290.

⁴⁶⁷ CSJN, 22-12-87, "Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/Provincia de Buenos Aires", Fallos: 310:2804; SCJBA, 8-4-86, "Sacaba de Larosa, Beatriz c/Vilches, Eduardo y otro", Ac. 33.155.

⁴⁶⁸ SCJBA, 8-4-86, "Sacaba de Larosa, Beatriz c/Vilches, Eduardo y ot.", Ac. 33.155, L. L. 1986-D-479, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix A., *Aceptación jurisprudencial de la tesis del riesgo recíproco en la colisión de automotores*; CSJN, 22-12-87, "Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/Provincia de Buenos Aires", Fallos: 310:2804, E. D. 128-281, J. A. 1986-IV-579 y L. L. 1988-D-297, con nota de ALTERINI, Atilio, *Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores*; CNCiv., en pleno, 10-11-94, "Valdez, Estanislao Francisco c/El Puente SAT y otro s/Daños y perjuicios", E. D. 161-402, L. L. 1995-A-136, J. A. 1995-I-280.

⁴⁶⁹ BUERES, Alberto J., *Culpa y riesgo. Sus ámbitos*, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 2006-3, *Creación de riesgo - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 39.

culpa y estaba vaciado de contenido ya que los repertorios jurisprudenciales revelan que constituía una hipótesis infrecuente y que era asimilada al riesgo de las cosas⁴⁷⁰. Ahora, al eliminarse la tercera categoría (daños con las cosas), la responsabilidad es subjetiva u objetiva según se trate del daño producido por el hombre, o por el hombre valiéndose de cosas que son instrumentos de su acción –por un lado–, y por cosas que presentan riesgos o vicios –por el otro–⁴⁷¹.

f) El actor debe probar la legitimación activa y pasiva; la existencia del daño (que comprende, en la práctica, la prueba del hecho), y la relación causal entre el hecho y el daño. En palabras de la Corte nacional, al damnificado le "basta con probar el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder"⁴⁷².

g) Se insiste que "al actor incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder"⁴⁷³.

h) La carga de la prueba de la relación de causalidad incumbe a la víctima⁴⁷⁴, aunque esa regla se ha flexibilizado. Debe efectuarse una interpretación "menos estricta sobre el cumplimiento por la actora

⁴⁷⁰ GALDÓS, Jorge M., *La evolución de la teoría del riesgo creado*, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 2006-3, *Creación de riesgo - I*, p. 55; *¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sársfield?*, homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II; *Culpa y riesgo creado en la jurisprudencia argentina*, en *Libro homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe en Perú*.

⁴⁷¹ Ver GALDÓS, Jorge Mario, *Responsabilidad por hecho de las cosas y el riesgo*, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Máximos precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 105, Capítulo Tercero (punto 1).

⁴⁷² CSJN, 10-10-2000, "Contreras, Raúl Osvaldo y otros c/Ferrocarriles Metropolitanos SA", Fallos: 324:1344; 23-11-2004, "Morales, Jesús del Valle c/Transportes Metropolitanos Gral. San Martín SA", Fallos: 317:1336; 11-7-2006, "Rivarola, Mabel Angélica c/Neumáticos Goodyear SA", Fallos: 329:2667.

⁴⁷³ Fallos: 313:1184; 316:2774; 323:2930; 327:5082.

⁴⁷⁴ CSJN, 23-10-2001, "Melnik de Quintana, Mirna Elena y otro c/Carafi, Juan Manuel y otros", Fallos: 324:3618.

de la carga de la prueba de la relación causal”, la que debe ser apreciada “en función de la índole y características del asunto” y en base “a un adecuado enlace de las diversas pruebas e indicios”⁴⁷⁵. Igualmente, ante la dificultad probatoria de la relación de causalidad y dadas las particularidades del caso, se la debe tener por acreditada dada la existencia de “cierta simultaneidad entre el hecho generador y daño (el incendio del campo por el que circulaba el ferrocarril)” ya que “entre dos causas generadoras del siniestro es necesario optar por la más verosímil, para resolver el caso con las mayores probabilidades de acierto”⁴⁷⁶.

i) La conducta de la víctima adquiere entidad de causal liberatoria de su propio daño cuando, siguiendo a la jurisprudencia francesa, adquirió un “rol activo” en el evento⁴⁷⁷.

j) “La culpa de la víctima (y la de un tercero) con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como única causa del daño, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor”⁴⁷⁸.

k) En materia de eximentes se sostiene que lo gravitante es el hecho, el comportamiento, o la conducta (aun no culposa) de la víctima o de un tercero como causa única o concurrente de eximición del daño en caso de que no pudiera endilgárseles culpa. En tal caso, la eximente para el dueño o guardián radica en la fractura total o parcial del nexo causal.

l) La prueba de las eximentes debe ser fehaciente e indubitable, dada la finalidad tuitiva de la norma. El sindicado como responsable, y una vez acreditado el riesgo de la cosa, debe asumir un rol procesal activo para demostrar la causa ajena y exonerarse total o parcialmente.

m) Al riesgo o vicio puede adicionársele la culpa del dueño o guardián demandados o reconvenidos, a través de la valoración de su

⁴⁷⁵ CSJN, 9-2-2001, “Galli de Mazzochi, Luisa y ot. c/Correa, Miguel”, J. A. 2002-I-22.

⁴⁷⁶ CSJN, 26-12-2002, “Domínguez, Emilia y ot. c/EFA s/Sumario”.

⁴⁷⁷ CSJN, 30-5-2006, “Cohen, Eliazar c/Río Negro, Provincia de y otros s/Daños y perjuicios”, J. A. 2006-IV-93.

⁴⁷⁸ CSJN, 13-11-90, “Santamariña, María del Carmen c/Ferrocarriles Argentinos”; 24-2-2009, “Trejo, Jorge Elías c/Stema SA y otros”; 30-4-96, “Tettamanti, Raúl O. y otros c/Baccino, Orlando y otros”, Fallos: 319:737; 321:1462; 327:5224.

negligencia, imprudencia o impericia. En suma: es admisible una imputación dual y concurrente de responsabilidad (riesgo creado más culpa). De modo, entonces, que la responsabilidad objetiva por riesgo creado no excluye que concorra y coexista con la responsabilidad subjetiva del dueño o guardián.

n) Además del riesgo o del vicio de las cosas, se prevé el riesgo de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. En tal caso es responsable quien por sí o por terceros realiza, se sirve u obtiene provecho de la actividad riesgosa o peligrosa.

Finalmente debe puntualizarse la fuerza expansiva que exhibe el riesgo creado, supuesto que comprende numerosas hipótesis, por ejemplo, “el carácter contractual propio de la relación laboral no empece a la aplicación del riesgo creado (art. 1113 del código anterior)”⁴⁷⁹; “la actividad laboral está incluida en el vocablo cosa y por consiguiente en la responsabilidad objetiva por riesgo creado”⁴⁸⁰; “se encuentra comprendido en los límites de la responsabilidad por riesgo creado (art. 1113 del código anterior) el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte”⁴⁸¹; el trabajo del recolector de residuos⁴⁸²; el trabajo del chofer de colectivos⁴⁸³; el esfuerzo físico por el “desplazamiento constante de objetos de considerable peso y porte en un medio edilicio inapropiado”⁴⁸⁴, entre muchos supuestos. Igualmente debe ponerse de relieve que en el ámbito de la responsabilidad obligacional también se acude al riesgo

⁴⁷⁹ CNAT, en pleno, 26-10-71, “Alegre c/Manufactura Algodonera Argentina”, J. A. 1971-12-348.

⁴⁸⁰ SCJBA, 29-9-2004, “Ferreyra, Gustavo Raúl c/Benito Roggio e Hijos SA y otra s/Indemnización por daños y perjuicios”, Ac. L. 80.406, L. L. B. A. 2004-965, J. A. 2004-IV-62; 26-9-2007, “F., D. c/E., L. s/Enfermedades profesionales”, Ac. L. 83.342.

⁴⁸¹ CNAT, en pleno, 27-12-88, “Pérez, Martín I. c/Maprico SA”, L. L. 1989-A-561.

⁴⁸² SCJBA, 29-9-2004, “Ferreyra, Gustavo R. c/Benito Roggio e Hijos SA y otra”, Ac. L. 80.406, L. L. B. A. 2003-1088.

⁴⁸³ SCJBA, 26-9-2007, “F. de S. c/Empresa Línea 216 SA de Transporte”, Ac. L. 83.342.

⁴⁸⁴ SCJBA, 9-5-2007, “Cepeda, Vilma Noemí c/Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires. Accidente. Acción civil. Art. 1113”, L. 88.325.

de la cosa o de la actividad para tipificar el alcance de la obligación de seguridad en materia de espectáculos deportivos, artísticos, prestaciones de servicio, juegos para niños, etcétera⁴⁸⁵.

III.3) *Las actividades riesgosas y peligrosas*

El artículo 1757, siguiendo propuestas de anteriores proyectos de reforma, incorpora las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Las actividades peligrosas completan e integran a las riesgosas, ya que –según el *Diccionario*– “peligroso” significa “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”.

Se afirmó que “actividad riesgosa” es una expresión que tiende a superar el rígido marco de la exigencia de una “cosa” como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva⁴⁸⁶. “Actividad” –se acota– trasunta una idea de complejidad, de conjunto, de proceso, antes que de fenómeno aislado o singular. Es que el riesgo que sirve de fundamento a la responsabilidad se refiere, “de ordinario, a una combinación y ensamble de elementos humanos, mecánicos y materiales [...] Por lo demás el concepto de actividad aparece muy ligado al de ‘empresa’⁴⁸⁷. Es importante destacar que la noción de actividad riesgosa importa incorporar el riesgo de empresa o riesgo empresario, vinculado con el provecho que resulta de la actividad económica y empresarial creadora de peligro; se trata de un riesgo generalmente previsible que puede ser trasladado a los costos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ CNCiv., sala D, 11-3-2003, “H., M. D. F. y otros c/Arcos Dorados SA Mc. Donald’s s/Daños y perjuicios”; sala B, 21-6-2006, “A. C. E. y otro c/Club de Campo La Martona SA”, MJMirrojuris/8464; sala H, 25-9-2006, “Irazábal, Mirta Inés c/Bingo Royal de Lanas”, eDial – AA38A5.

⁴⁸⁶ GOLDENBERG, Isidoro H., *La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, en J. A. 1998-II-552.

⁴⁸⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil* cit., p. 904; *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113* cit., parágr. 76, p. 224; *Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa*, en L. L. 1983-D-113.

⁴⁸⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 258.

En una primera aproximación la actividad riesgosa o peligrosa constituye la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que generalmente (aunque no de modo excluyente) puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas (máquinas, sustancias, herramientas, aparatos, establecimiento, explotación, etc.) en las que el riesgo (el peligro de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para sus propios dependientes o terceros, deriva de tareas, servicios, productos o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico. Esa actividad lucrativa asociada con el riesgo o peligro conduce a imputar objetivamente el deber resarcitorio. En la actividad riesgosa la legitimación pasiva es más amplia que en el riesgo creado.

Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. Señala con acierto la jurisprudencia que “la actividad será ‘riesgosa por su naturaleza’ cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr., explotación de energía nuclear). Será en cambio, una actividad peligrosa ‘por las circunstancias de su realización’, cuando –no obstante no revestir un peligro regular o constante– las modalidades de tiempo, modo y lugar la toman peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra...”⁴⁸⁹ Por los medios empleados es riesgosa la actividad que adquiere esa entidad aunque normalmente es inocua, como por ejemplo cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan. En Italia se ha considerado actividad riesgosa a la de empresas de construcción, molinos, industrias insalubres o tóxicas, la utilización de calderas o maquinarias accionadas por electricidad o vapor, empresas ferroviarias y de tranvías, fábricas de explosivos, depósitos de gases inflamables, y aun a la organización y

⁴⁸⁹ TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 6-9-2004, “Arias de Fernández, Blanca c/Tagle (h) y Cía. SA”, cit. por ROITMAN, Horacio y CHIA VASSA, Eduardo, *El riesgo en los Proyectos de Reforma al Código Civil*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2006-3, *Creación de riesgo – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 333.

ejercicio de actividades deportivas (incluso el juego de bochas)⁴⁹⁰, entre otras muchas. En nuestra jurisprudencia se decidió que es actividad riesgosa la práctica de golf⁴⁹¹, la actividad laboral de bacheo y reparación de postes⁴⁹², el buceo⁴⁹³, un establecimiento, explotación, empresa o incluso también actividad que genere vicio o riesgo⁴⁹⁴, el transporte de dinero porque es previsible la irrupción de ladrones⁴⁹⁵, el transporte de energía eléctrica⁴⁹⁶, las competencias automovilísticas⁴⁹⁷, etcétera.

En suma:

- Para las actividades riesgosas o peligrosas, que incluyen el riesgo de empresa, rigen todos los requisitos de la responsabilidad objetiva aplicables al riesgo o vicio de las cosas (las eximentes, la carga de la prueba, etc.) salvo lo atinente a la legitimación pasiva que es más amplia en la actividad que en el riesgo o vicio.
- La regulación de la responsabilidad objetiva por las actividades riesgosas o peligrosas le confiere basamento normativo a la interpretación judicial prevaleciente que la admita y a la que acepta el riesgo de actividad aun sin la participación de cosas.

⁴⁹⁰ PARELLADA, Carlos, *El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales*, en L. L. 1987-D-977. Ver PICASSO, Sebastián y WJNTRAUB, Javier H., *El riesgo en el Proyecto de Código Civil de 1998*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2007-1, *Creación de riesgo - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 265.

⁴⁹¹ CNCiv., sala B, 6-5-2010, "Gómez, Pedro Rogelio c/Albo Asip SA", R. C. y S. 2010-X-184, con nota de Sabrina M. Berger, AR/JUR/31645/2010; sala D, 3-12-2002, "Sosa Ramos, María A. c/Ciudad de Buenos Aires", R. R. C. y S. 2003-100.

⁴⁹² CTrab., sala VII, 27-2-2006, "Pérez, Walter Aníbal c/Aircom SA y otro s/Accidente. Ley 9688", Microjuris MJJ6905.

⁴⁹³ CNCom., sala C, 10-12-2002, "Launagaray, José Roque y otro c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado", R. R. C. y S. 2003-117.

⁴⁹⁴ CNAT, sala VII, 19-10-2007, "Sánchez, Hugo Ramón c/Provincia ART SA", MJJ17492.

⁴⁹⁵ STJ de Corrientes, 16-8-2011, "Albertengo, Carlos A. c/La Flecha SA y/u otros y/o q. r. r. s/Ind. por acc. de trabajo", L. L. Online, AR/JUR/45024/2011.

⁴⁹⁶ CFed. de La Plata, sala I, 10-6-82, "Pesado, Manuel y otra c/Segba", L. L. 1983-B-74.

⁴⁹⁷ CNCiv., sala J, 7-7-2005, "Olasagaste, Jorge Federico c/Automóvil Club Argentino y otros", R. C. y S. 2005-1290; sala F, 9-2-98, "Grynczk, Elsa E. c/Duarte, Osvaldo y otros", J. A. 1999-II-418.

- La actividad riesgosa o peligrosa no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad objetiva ni sustituir las reglas de la causalidad jurídica en base a la adecuada relación por la mera causación material.
- En el compendio de supuestos fácticos comprensivos de actividades riesgosas o peligrosas podrán verificarse numerosos casos en los que medie una regulación especial (v. gr., responsabilidad por productos elaborados y por daños al consumidor o usuario, cuestiones de derecho ambiental, etc.). En tal caso prevalece la legislación especial o de especificación por sobre la normativa general del Código actual, la que opera como norma de remisión para las cuestiones no previstas específicamente.
- La responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de las cosas y por las actividades riesgosas o peligrosas se desentiende de la atribución subjetiva del causante directo del daño, ya que la eximente actúa en la ruptura total o parcial de la relación causal que debe alegar y probar el responsable. Pero no existe obstáculo para la concurrencia y acumulación de la responsabilidad subjetiva del causante del daño con la objetiva del sindicado como responsable por riesgo.
- La responsabilidad objetiva por la actividad opera en el ámbito específico sobre el que se aplica que puede resultar desplazada en aspectos no vinculados con el riesgo de actividad.

III.4) Síntesis

En definitiva puede afirmarse que el artículo 1757 del Código comprende, con amplitud, las siguientes categorías⁴⁹⁸: 1) los daños causados por cosas que son riesgosas o peligrosas por su propia naturaleza, es decir cuando conforme a su estado natural pueden causar un peligro a terceros; 2) los daños causados por cosas que no son intrínsecamente

⁴⁹⁸ Ver en lo pertinente: PIZARRO, Ramón Daniel, *Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial*, en R. C. y S. 1999-305, y *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I. p. 73, nota 164; LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 341.

riesgosas pero cuya intervención o participación activa produjo, por cualquier circunstancia, el daño, en base a la adecuada relación causal apreciada *ex post facto*; 3) el riesgo de la actividad desarrollada mediante la utilización o el empleo de una cosa, que aun no siendo peligrosa o riesgosa por su naturaleza, ve potenciada esa aptitud para generar daños; 4) los daños causados por actividades riesgosas, sin intervención de cosas; 5) los daños causados por el riesgo empresario o de empresa; 6) las responsabilidades agravadas de la legislación especial. Por ejemplo, Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (arts. 5º, 6º y 40); Ley 24.051 de Residuos Peligrosos (arts. 22, 31, 45, 47, 48); Ley 25.675 General del Ambiente (art. 29); Código de Minería (arts. 161 y 248); Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963, ratificada por la ley 17.048 de 1966 (art. IX, parágr. 2; art. IV, parágr. 3.a); Ley 25.162 de Residuos Industriales (arts. 40, 41, 43), entre otras; 7) muchas veces la responsabilidad agravada, y algunos supuestos comprendidos en el riesgo de empresa, estará regida por la legislación especial.

III.5) *Las eximentes*

La segunda parte del artículo 1757 establece que la responsabilidad es objetiva, por lo que en materia de eximentes resultan de aplicación los principios de los artículos 1722 y concordantes con la salvedad de que la autorización administrativa para el uso de la cosa de riesgo, para el ejercicio de la actividad o para el empleo de las técnicas de producción y de prevención no opera como eximente en la medida que se cumplan los requisitos que toman precedente la responsabilidad objetiva.

IV) Significado de la reforma

Si bien la teoría del riesgo creado es uno de los temas más opinables en la responsabilidad civil, el artículo 1757 receptó las pautas y criterio sobre los que había mayor consenso en la doctrina y jurisprudencia anterior.

Art. 1758 *Sujetos responsables.* El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera

guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

D) Resumen

Se establece la responsabilidad concurrente entre los legitimados pasivos, que son el dueño y el guardián de las cosas. Si se trata de las actividades riesgosas o peligrosas la responsabilidad recae en quien crea el riesgo o sea el titular de la actividad, salvo las previsiones específicas de la legislación especial. Se mantiene la eximente de responsabilidad que introdujo la reforma de 1968 al código derogado: el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián lo exonera.

II) Concordancias

Factor objetivo (art. 1722); responsabilidad objetiva (art. 1723); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito, fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de la relación de causalidad (art. 1736); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El régimen anterior y el actual*

1. El artículo 1113 del código derogado preveía la responsabilidad indirecta del principal por el hecho del dependiente ("los daños que causaren los que están bajo su dependencia") y la responsabilidad con las cosas (2º párrafo, primer supuesto) y por el riesgo o vicio (2º párrafo, segundo supuesto). Para ambos casos, daños con las cosas y daños por el riesgo o vicio, el mencionado artículo 1113 del código

derogado establecía la legitimación pasiva del dueño y la de quien “se sirve (de las cosas) o tiene bajo su cuidado” incorporando la reforma de 1968 la figura del guardián.

2. El Código actual no innovó demasiado en lo relativo a los sujetos obligados a responder, mantuvo la figura del guardián y precisó sus notas tipificantes conforme la doctrina y jurisprudencia prevalecientes.

III.2) Legitimación pasiva. Dueño y guardián

III.2.A) Dueño

La figura del dueño no exhibe mayores dificultades y revestirá esa condición el titular del derecho real de dominio, según las disposiciones generales del Código (arts. 1882, 1883, 1884, 1885, 1886, 1890, 1891 y concs.) o las normas especiales, por ejemplo en materia de inscripción de automotores (arts. 1° y 2°, decreto 6582/58, t. o. ley 22.977) o de propiedad de otros muebles registrables, como los propietarios de caballos de pura sangre (art. 1°, ley 20.378). El dueño es quien reviste esa condición al momento del hecho lesivo y como no se trata de una obligación *propter rem* la enajenación posterior no lo libera de responsabilidad.

III.2.B) Guardián

1. La tipificación de la noción y determinación de la figura del guardián ha dado lugar a diversas interpretaciones. En la actualidad se superó el criterio de la guarda material que consideraba guardián a quien detentaba el poder fáctico sobre la cosa, o sea el fundado en la mera relación de hecho. Tampoco está difundida la postura de la guarda jurídica que se asienta en el vínculo jurídico sobre la cosa, basado en el poder *de iure* que se detenta. Igualmente no ha tenido demasiado arraigo la postura de la doctrina francesa que distingue entre la guarda de la estructura y la guarda del comportamiento, según cuál sea el poder que el sujeto tenga sobre la cosa y la causa del daño (por ejemplo si la falla del automóvil obedeció a defectos en el sistema de frenos o por impericia del conductor), salvo en las acciones de regreso del dueño contra el guardián en las que quien pagó todo el resarcimiento puede repetir del guardián responsable en proporción a su contribución en

el hecho⁴⁹⁹. Prevalen, en cambio, las tesis más usuales, que reputan guardián a quien detenta la “guarda intelectual” o guarda de mando. Mantiene vigor la elocuente definición de Llambías: “el guardián es la persona que tiene, de hecho, un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa”⁵⁰⁰. En los supuestos en los que el guardián ejerce esa facultad de dirección o control por medio de terceros (dependientes, representantes, etc.), se mantiene la condición de responsable como guardián intelectual de la cosa, aunque no la tenga en su poder. Otra postura, la de la guarda provecho, sostiene que es guardián quien recibe el beneficio o el provecho económico o personal, parámetro que —como postula Borda— “es la pauta decisiva para la determinación del guardián”, pero insuficiente, ya que “no es posible prescindir de la noción de poder jurídico de dirección y contralor, que brinda también un elemento de juicio importante”⁵⁰¹.

Los autores mayoritariamente acuden a los dos elementos: facultad de mando (o guarda intelectual) y guarda provecho de la cosa, por lo que, en general, ninguna de ellas abastece aisladamente y *per se* la figura del guardián. También se sostiene que la noción de guardián es bifronte: comprende a quien tiene la dirección de hecho y a quien recibe un beneficio económico. “Cuando el provecho y la guarda no se superponen, no hay por qué dar prevalencia a una situación sobre la otra. Por el contrario, hay que estimar que es guardián tanto el que se sirve de la cosa como el que la tiene a su cuidado. No otra cosa significa la conjunción ‘o’ contenida en el artículo”⁵⁰². Ambas pautas, esto es el “provecho” y el “cuidado”, pueden jugar en forma autónoma o independiente o bien complementarse si una sola de ellas resultare insuficiente⁵⁰³. La jurisprudencia ha resuelto que “la noción de guardián

⁴⁹⁹ SCJ de Mendoza, sala I, 2-9-88, “Filitti, Santos c/Mercado, Pablo”, L. L. 1989-B-333, con nota aprobatoria de Trigo Represas; íd., 26-6-91, “Santarelli, Vicente c/Departamento General de Irrigación”, L. L. 1991-E-210.

⁵⁰⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1976. t. IV-A, p. 497, N° 2584.

⁵⁰¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II* cit., p. 342.

⁵⁰² KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. V, p. 471, N° 13 g.

⁵⁰³ TRIGO REPRESAS, Félix A., *La demanda de daños contra el “guardián” del automotor*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 1, *Accidentes de tránsito - I*,

es bifronte y comprende a aquellos que tienen un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa y a los que se sirven de ella recibiendo un beneficio económico⁵⁰⁴.

En definitiva, el concepto de “guardián” atiende al uso, dirección y control independiente de la cosa vinculada con el provecho o beneficio, sea o no económico. Se trata de los tres requisitos previstos en la norma (uso, dirección y control) que deben concurrir conjuntamente (así lo indica el empleo de la conjunción copulativa “y”) que se integra con el de obtener provecho de ella, requisito al que se recurre complementariamente para no extender excesivamente el concepto.

Por ende puede afirmarse que la tipificación de guardián es ecléctica o mixta y se configura por el uso o tenencia material de la cosa con poder de mando sobre ella; por el ejercicio autónomo del poder de gobierno, dirección o control de la cosa vinculado con su uso y beneficio; por un aprovechamiento (económico o no) asociado a alguno de los otros requisitos: poder de mando o utilización de la cosa.

2. Es interesante poner de relieve que perdió vigencia la tesis que pregonaba que la enumeración del anterior artículo 1113 del código derogado era enunciativa y no taxativa, por lo que admitía a otros legitimados pasivos aunque no fueran el dueño y guardián en sentido estricto. De ese modo tenía cabida la interpretación amplia que, sustentada en la expresión “quien se sirve” (del anterior art. 1113 y del actual art. 1758, “quien obtiene un provecho”), entendía que bastaba el mero provecho —económico o personal— para configurar la noción de guardián. Para replicar esa tesis se sostuvo que “la llamada guarda beneficio o provecho no constituye un supuesto autónomo de guarda” en el sentido de que puede prescindir por completo de las otras notas

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 19; GOLDENBERG, *La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial* cit., p. 552.

⁵⁰⁴ SCJ de Mendoza, sala I, 9-5-96, “Uriarte de Rodríguez, María c/Díaz, Alegre Mauricio y otro”, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, L. L. 1996-E-237; CCom. de Azul, sala II, 22-10-96, “Municipalidad de Tandil c/Transportes Automotores La Estrella SA”, J. A. 1997-III-224.

distintivas, vinculadas con las facultades que hacen a la guarda genérica: vigilancia, dirección o control, según sean las circunstancias del caso. No es correcto sostener que “servirse de la cosa, en su propio beneficio”, constituye un supuesto autónomo disociado del poder de hecho sobre la cosa como elemento configurante *per se* de la figura del guardián, la que resulta asociada con el poder material o jurídico de control⁵⁰⁵.

3. Los tres presupuestos que tipifican la guarda son: 1) la tenencia material de la cosa, por sí o por terceros; 2) el poder fáctico de vigilancia, de gobierno y de control que se ejerce sobre la cosa, con independencia del título. Por ejemplo, el ladrón es guardián. En palabras del artículo 1757 se trata del uso, dirección y control de la cosa complementado con el beneficio o provecho que se obtiene; 3) el ejercicio independiente del poder, con autonomía de otras personas. Cuando el que ejerce el poder sobre la cosa lo hace siguiendo las instrucciones u órdenes de otro, él no es guardián, carácter que le corresponde a quien imparte las indicaciones en cuyo interés se ejerce la guarda⁵⁰⁶. Por ello, y para una posición que no es uniforme, el dependiente que conduce el automóvil no es guardián porque el uso se ejerce en beneficio del dueño del vehículo; sin embargo, la otra postura, que prevalece, sostiene que es guardián y responde a título de riesgo creado y no sólo como autor material del hecho. Revisten el carácter de guardián: el propietario, el locatario, el comodatario, el ladrón, el depositario (caso de las cocheras, playas de estacionamiento, talleres en los que se deja para reparar el automóvil, etc.). Se dice que la guarda es compartida cuando media pluralidad de guardianes o varios coguardianes que se sirven en común de la misma cosa, y resultan responsables por todo el daño frente a la víctima (art. 1751).

4. La responsabilidad de los legitimados pasivos, dueño y guardián, es concurrente, por lo que el Código tomó partido por la tesis preva-

⁵⁰⁵ SCJ de Mendoza, sala I, 3-9-2003, “Lacourt, Carlos A. c/Sorribes, Rubén D. y ots.”, L. L. Gran Cuyo 2004-538; GALDÓS, *El riesgo creado, la culpa y cuestiones conexas* cit., p. 1361.

⁵⁰⁶ LLAMBÍAS, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia* cit., I. II-B, p. 465.

leciente en la doctrina y jurisprudencia desarrollada anteriormente. Rige el artículo 1751 para la pluralidad de autores concurrentes.

III.3) *La eximente*

Tratándose de la responsabilidad objetiva, el responsable presunto se exime de conformidad con el régimen general, al que el artículo 1758 añade un supuesto particular: el uso de la cosa en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. En este supuesto cesa el poder sobre la cosa que pasó a la esfera de actuación de otra persona que es el legitimado pasivo. La cosa es usada en contra de la voluntad expresa del dueño o guardián cuando; por ejemplo, el dueño de un automóvil es desapoderado mediante la fuerza, o cuando terceras personas lo utilizan contradiciendo las condiciones, indicaciones o destino (el tallerista que usa el auto del propietario para fines personales).

III.4) *La legitimación pasiva en las actividades riesgosas*

El dueño y el guardián responden en base a la propiedad y poder o mando sobre las cosas, pero en las actividades en las que no sólo hay cosas sino también puede haber conjunción de tareas, etapas y personas, el legitimado pasivo es más amplio: quien realiza, ejecuta o desarrolla la actividad con un poder fáctico, autónomo e independiente de dirección sobre ella⁵⁰⁷.

No está en juego la autoría material sino la titularidad de la actividad que puede ser desarrollada a través de otros; lo que importa no es la autoría del daño sino la autoría del riesgo⁵⁰⁸. Por ello son legitimados pasivos todos los que introducen el riesgo de la actividad, por ejemplo en los productos elaborados los intervinientes en la cadena de producción, comercialización, venta, etcétera⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ PARELLADA, *El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales* cit., p. 977; GOLDENBERG, *La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial* cit., p. 552.

⁵⁰⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil* cit., p. 902.

⁵⁰⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva* cit., p. 198.

Art. 1759 *Daño causado por animales.* El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757.

I) Resumen

El nuevo texto unificó en una sola norma las disposiciones de los ocho artículos del código anterior (arts. 1124 a 1131) y estableció que la responsabilidad por los daños causados por animales está comprendida en la responsabilidad objetiva, que incluye la actividad riesgosa o peligrosa (por ejemplo, la entidad organizadora de una competencia hípica). En consecuencia, el dueño o guardián del animal sólo se exime total o parcialmente probando el hecho de la víctima, el de un tercero por quien no debe responder, la ruptura del nexo causal o el caso fortuito; es decir la concurrencia de la causa ajena. La norma comprende a los animales de cualquier especie en alusión al distinguido anterior del código derogado entre animales domésticos y feroces, categoría que se suprimió.

II) Concordancias

Factor objetivo (art. 1722); relación causal (art. 1726); tipos de consecuencias (art. 1727); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito, fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); prueba de la relación de causalidad (art. 1736). Ley 26.478, régimen de marcas y señales (art. 9°). Ley 20.378 de Registros Genealógicos Equinos.

III) Interpretación de la norma

III.1) *El régimen del código anterior y el sistema actual*

1. El sistema anterior de los artículos 1124 a 1131 del código derogado había quedado desactualizado ya que comprendía algunos supuestos que perdieron relevancia: si el animal era feroz o doméstico, si el daño lo causó un animal excitado por un tercero, si provino de los hábitos generales de la especie del animal, entre otros. Empero la jurisprudencia registra varios precedentes por daños causados por ani-

males en lugares públicos o privados⁵¹⁰, eventos deportivos y zoológicos⁵¹¹. Prevalecía la tesis de que el fundamento de la responsabilidad era objetivo⁵¹², por el riesgo creado⁵¹³; aunque también se la había fundado en el deber de seguridad⁵¹⁴.

2. En la doctrina se expusieron dos criterios para definir si el daño derivaba de la intervención de un animal y por consiguiente si resultaba alcanzado en la referida responsabilidad objetiva (arts. 1124, 1128 y concs. del código anterior). La cuestión mantiene actualidad

⁵¹⁰ En tal sentido: por mordeduras de perros, CCCom. de Mercedes, sala III, 2-10-2009, "Oyhanarte, Luciano I. c/Lin Ching C.", L. L. B. A. 2010 (mayo), p. 455; CNCiv., sala L, 8-4-2009, "Basciera, Juan J. c/Garage Cevallos SA y otro"; CCCom. de San Nicolás, 16-4-2009, "Agotegaray, Jorge A. c/Pardini, Jorge E."; CCCMin. de San Juan, sala III, "González, Nicolás R. c/Gómez, Demetrio", con nota de Claudio Fabricio Leiva, L. L. Gran Cuyo 2010 (junio), p. 419; CCCom. de Morón, sala I, 18-4-96, "Cabrera, Zulema c/Plá, José y otro", con nota de Fernando Sagarna, L. L. B. A. 1996-939.

⁵¹¹ C5°Trab. de Mendoza, 18-9-99, "Sandez, Sergio c/Administración de Parques y Zoológicos de Mendoza", L. L. Gran Cuyo 2000-84 (el daño producido al empleado del zoológico); SCJBA, 22-4-2009, "G. M. c/M. D. s/Daños y perjuicios" (el ataque de la osa tibetana), Ac. 94.258.

⁵¹² CCCom. de San Nicolás, 16-4-2009, "Agotegaray, Jorge Alejandro c/Pardini, Jorge E.", L. L. Online, AR/JUR/8851/2009; SCJBA, 14-10-2009, "Paz, Juan c/Mateo, Jorge s/Daños y perjuicios", Ac. C. 97.821; CNCiv., sala K, 7-6-2010, "R., O. R. c/C., E."

⁵¹³ SAGARNA, Fernando A., comentario a los artículos 1124 a 1131, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial cit.*, 1995, t. 3B, ps. 193 y ss.; *Responsabilidad civil por daños causados por animales*, Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 81 y ss.; LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil cit.*, ps. 346 y ss.; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 420 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., comentario al artículo 1124, en *Código Civil y normas complementarias cit.*, 1984, t. 5, ps. 691 y ss.; *La categoría jurídica "sujeto/objeto" y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios*, en *Revista Jurídica UCES*, 2009, N° 3 y Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de La Rioja, Logroño, España, N° 27, 2009, ps. 311-327; CCCom. de Mercedes, sala III, 2-10-2009, "Hanarte, Luciano Ignacio c/Lin Ching C.", L. L. B. A. 2010-455; CCCom. 3° Nom. de Córdoba, 18-10-2007, "González, Rodolfo M. c/Indacor SA y otro".

⁵¹⁴ CNCiv., sala K, 7-6-2010, "R. O. R. c/C. E. s/Daños y perjuicios", MJJ58529; C1°CCom. de Mar del Plata, sala I, 5-9-95, "Materazzi, Daniel y otra c/Ruberto, Edgard E. y otro". L. L. B. A. 1997-968.

y es aplicable en el sistema vigente para determinar si procede la responsabilidad de los artículos 1757 y siguientes.

Una posición distingue entre el daño causado por el animal y el daño causado por el hecho del hombre empleando animales, en el que la bestia es un medio para perjudicar como cualquier otro ser animado. Otra posición admite dos variantes: una, más restrictiva, entiende que el hecho del animal debe corresponder a su conducta instintiva, propia de su condición biológica (v. gr., perro que ladra, toro que embiste, tigre que clava sus garras). En cambio, para el criterio amplio, que prevalece, están comprendidos todos los daños producidos por el animal en su faz activa, sean –o no– los hábitos propios o generales de su especie (por ejemplo la serpiente que muerde). Ello así para evitar que la víctima resulte más indefensa, y pueda –por caso– ser resarcida en base al riesgo creado por un perro muerto en la ruta como cosa inerte, en base al artículo 1757, y no en el supuesto en que el perro se abalance sobre una persona por no responder a la orden de su dueño. Éste es el criterio seguido por el Código actual: quedan comprendidos en la responsabilidad objetiva todos los daños causados por animales cualquiera sea la clase de animales (dóciles, feroces, etc.) y de daños que ocasione (v. gr., el toro que embiste, como daño propio de su especie, o que muerde como daño impropio). Al igual que en la hipótesis general de riesgo o vicio, puede mediar duplicidad o acumulación de factores de atribución: por ejemplo al riesgo creado por el animal adicionársele la culpa del dueño o del guardián que omitió adoptar las medidas de cuidado y control pertinentes (por ej., el perro que muerde por no tener el bozal obligatoriamente impuesto por las reglamentaciones locales). Para que opere esta responsabilidad no es necesario el contacto material entre el hecho del animal y el sujeto dañado, siendo suficiente su intervención activa en la producción del daño⁵¹⁵.

III.2) Legitimados pasivos

Los legitimados pasivos son el dueño y el guardián del animal, el responsable de la actividad riesgosa o peligrosa y el tercero que provoca al animal.

⁵¹⁵ LLAMBÍAS, *Código Civil anotado, comentado. Doctrina. Jurisprudencia cit.*, t. II-B, ps. 958 y ss.

III.2.A) *Propietario*

Si se trata de animales registrados el propietario inscripto será su dueño. (como en el régimen de marcas y señales de la ley 26.478, art. 9º) o en el de caballos de pura sangre (previsto en la ley 20.378); en caso contrario la posesión determina la calidad de dueño (art. 1895). La carga de la prueba incumbe a la víctima y se admite toda clase de prueba. A veces la tenencia presupone la propiedad. La condición de dueño debe revestirse al momento del hecho porque la venta posterior no crea una obligación *propter rem*. En caso de condominio de animales se sostenían antes tres posturas: una, que la responsabilidad era solidaria, según la reforma al artículo 1109, 2ª parte del código derogado; para una segunda posición los copropietarios debían responder sólo en la proporción al interés que tenía cada uno en la propiedad o servicio, por aplicación de lo previsto en los anteriores artículos 1135 (daños por una construcción arruinada) y 1121 (para los copropietarios de hoteles, capitanes de buques y padres de familia), los que constituyen supuestos de excepción al régimen general de la solidaridad legal. Un tercer criterio sostenía que la responsabilidad podía ser solidaria o concurrente según el caso. En el régimen actual y conforme lo previsto en el artículo 1751 los condóminos son obligados solidarios porque se trata de varias personas que tienen el deber de responder en base a una misma y única causa: la copropiedad del animal (arts. 1757, 827, 833, 838 y concs.). Si se trata de un animal abandonado con ánimo de desprenderse de él, se mantiene la responsabilidad objetiva del dueño y para los daños causados por un grupo de animales, con dueños o guardianes diferentes de cada uno de ellos, se aplican las reglas de la responsabilidad colectiva, por lo que quedan obligados solidariamente y sujetos a las eximentes expresas que varían si se trata de autoría anónima (art. 1716, se exonera demostrando que no contribuyó a la producción del daño) o de actividad peligrosa del grupo (art. 1762, se libera probando que no integraba el grupo).

III.2.B) *Guardián*

Prevalece la postura que afirma que guardián es quien tiene la cosa a su cuidado y se sirve de ella o saca provecho, económico o no, o

profesional, comprensivo del ejercicio de hecho o de derecho de un poder de gobierno, dirección, contralor o mando sobre el animal, aunque sea accidental. Se sirve del animal quien obtiene los servicios o utilidad que puede prestar, según su propia naturaleza y a los fines a los que se destina, sea a título gratuito u oneroso. Así son guardianes el simple tenedor que recibió el animal por un contrato (locatarios, comodatarios, depositarios, chacarero, aparcero, arriero o tropero no dependiente del dueño o guardián, el transportista, el entrenador, el cuidador, el dueño del campo donde pastan a cambio de una contraprestación, el torero del toro de lidia que ingresó en la arena); el poseedor que lo tiene por sí o por otro con la intención de someterlo a su voluntad y acción (por ejemplo, el ladrón, el empleado infiel). Si bien una tesis afirma que la guarda debe ser transmitida en forma permanente y no accidental, no hay razones para exigir que la tenencia del animal por el guardián sea permanente, bastando que sea circunstancial. También son guardianes los profesionales que tienen al animal para la actividad vinculada a ella (por ejemplo los veterinarios, el martillero para vender el animal, incluso los paseadores de perros) (decreto 1972/2001 dictado según el art. 29 de la ordenanza 41.831/87 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Sin embargo, una posición minoritaria afirma que sólo responden por su culpa porque no eligen a los animales ni tienen posibilidad de conocer sus hábitos; otra postura dice que debe verificarse en cada caso si los profesionales tenían la guarda efectiva al momento del hecho⁵¹⁶.

III.2.C) *Otros legitimados pasivos*

Otros eventuales legitimados pasivos son los dependientes, por actos personales suyos. También pueden concurrir otros sujetos que respondan concurrentemente con el dueño o guardián; por caso sobre quienes recae alguna obligación de custodia o cuidado, por ejemplo el propietario de un inmueble en el que se encontraba alojado el animal que causó el daño o en materia de animales sueltos en rutas concesionadas por peaje el Estado y las empresas concesionarias, según las circunstancias.

⁵¹⁶ CCCom.CAdm. de San Francisco, 26-9-2006, "Baudino, Amadeo J. y otra c/Ferías Grimaldi SA y otros", L. L. Online, AR/JUR/9292/2006.

Siguiendo algunas de las directivas del régimen anterior cabe señalar que el tercero también será responsable si con su conducta creó el riesgo o provocó la reacción del animal que causó el daño (caso del tercero que azuza a un perro), además de actuar culposa o dolosamente al apoderarse o usar del animal sin el consentimiento del propietario (caso del visitante que provoca al animal del dueño de casa). También resultan aplicables, en su caso, los criterios relativos al responsable de la actividad riesgosa o peligrosa, conforme los artículos 1757 y 1758.

IV) Significado de la reforma

La norma simplificó el régimen de la responsabilidad objetiva por daños causados por cualquier especie de animales, manteniendo vigencia los criterios usuales desarrollados durante el sistema anterior fundados en dicha responsabilidad objetiva.

SECCIÓN 8ª

RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA

Fundamentos*

Responsabilidad colectiva y anónima.

“En esta Sección, se incorporan tanto la responsabilidad colectiva como la anónima, conforme lo ha señalado la doctrina en forma mayoritaria.

”Cuando el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado, responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción. Es decir, demostrado quién es el autor, ya no hay anonimato.

”Si trata de un grupo de riesgo, la situación es distinta: si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. En

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

este caso es ineficaz probar la autoría porque no interesa el anonimato, lo relevante es probar que no se ha integrado el grupo”.

Art. 1760 Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción.

I) Resumen

La norma en comentario regula un caso puntual de responsabilidad colectiva, constituido por los daños ocasionados por las cosas caídas o arrojadas de un edificio. En tal caso, la ley presume que son autores del daño todos los dueños u ocupantes de la parte del inmueble de la cual provenga la cosa dañosa, quienes responden objetiva y solidariamente, pero pueden liberarse de responsabilidad mediante prueba en contrario.

II) Concordancias

Factor de atribución (art. 1721); factores objetivos (art. 1743); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730); hecho del tercero (art. 1731); hecho de las cosas y actividades peligrosas (art. 1757); sujetos responsables (art. 1758); autor anónimo (art. 1761); propiedad horizontal (arts. 2037 y ss.).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1760 se refiere a la responsabilidad de los dueños y ocupantes de un inmueble por las cosas que son arrojadas o caen de él, si ocasionan daños a terceros. Si bien esta disposición abre la Sección 8ª del Capítulo I del Título V del Código, referida a la responsabilidad colectiva o anónima, lo cierto es que consiste en un supuesto particular de aplicación de la regla general establecida en la disposición siguiente (art. 1761 del Código), referida a la responsabilidad del autor

anónimo. La norma consagra una solución que se remonta al derecho romano —donde esas situaciones daban lugar, según los casos, a la *actio de effusis vel dejectis* o la *actio de positis ac suspensis*— y que había sido contemplada también en el artículo 1119 del código derogado, aunque con algunas diferencias importantes.

El ámbito de aplicación de este supuesto de responsabilidad incluye los daños causados tanto por cosas arrojadas como por objetos que caen de un edificio. De este modo se supera la distinción anterior entre las cosas arrojadas y aquellas “suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer”, proveniente del derecho romano, por una enunciación más clara. En cuanto al lugar de la caída de esas cosas, el nuevo texto nada dice, con lo cual cabe interpretar que rige no sólo para las cosas caídas o arrojadas a la calle —como lo disponía el artículo 1119 del código derogado—, sino también para las que impactan en sectores no abiertos al público, como un patio interno.

La ley menciona como legitimados pasivos a los dueños y los ocupantes de la parte del edificio de la que proviene la cosa. La referencia al “ocupante” busca ampliar el alcance del artículo, pues incluye a cualquier persona que habite en el inmueble, ya se trate de un locatario, usufructuario, usuario, poseedor, comodatario, depositario, etcétera⁵¹⁷. Asimismo la redacción del artículo en estudio deja en claro que la referencia genérica al ocupante no excluye la responsabilidad del dueño, cuestión que podía ser objeto de debate a partir de la confusa redacción del artículo 1119 del código derogado⁵¹⁸. Por lo demás, esas categorías (dueño y ocupante) son mucho más precisas que las de “padres de familia” e “inquilinos de la casa” que empleaba la norma citada en último término. Finalmente, la disposición que se comenta precisa que los responsables son los dueños u ocupantes de la “parte” del edificio de la que la cosa cae o es arrojada, lo que excluye la responsabilidad de quienes habiten o sean propietarios de otros sectores. Así, verbigracia, si una maceta cae a la vereda, única-

⁵¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, p. 651.

⁵¹⁸ CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las Obligaciones* cit., t. V, p. 176.

mente responderán los dueños u ocupantes de las unidades que den al frente del edificio, mas no los de los departamentos que sólo tengan salida al pulmón de manzana.

La norma precisa que el dueño u ocupante responde objetivamente. Es decir que en nada importa la valoración subjetiva de su conducta, lo cual encuentra su razón de ser en la necesidad de amparar a los transeúntes contra las agresiones que pueden emanar de los edificios frente a los cuales transitan⁵¹⁹.

En los supuestos regidos por la norma, la ley formula una presunción de causalidad a nivel de autoría, pues presume, salvo prueba en contrario, que todos los dueños u ocupantes de la parte del edificio de la que cayó la cosa son autores del daño. Queda a su cargo, para eximirse, acreditar que no han participado en la producción del perjuicio, lo que se traducirá, normalmente, en la prueba de que la cosa estaba emplazada en —o fue arrojada desde— un lugar distinto. Dado que —como ya se señaló— el artículo en análisis se refiere a la “parte” del edificio de la que provino la cosa, si se trata de un inmueble que linda con distintas calles, el dueño u ocupante puede acreditar que su departamento no da a la arteria en donde se produjo el daño, o que la cosa cayó desde un piso distinto de aquel donde se encuentra su departamento. En este punto el nuevo Código también se aparta del artículo 1119 del código derogado, que requería —como condición para la eximición de los sindicados como responsables— la identificación de la persona que ha arrojado la cosa. Ahora exime no sólo la prueba de este último extremo, sino la de cualquier otra circunstancia que ponga en evidencia que el dueño u ocupante en cuestión no participó en la producción del perjuicio.

En aquellos casos en que la cosa cae desde un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, se ha decidido que únicamente procede demandar al consorcio si la cosa en cuestión tenía carácter de común (v. gr., caída de parte de la fachada) o provino de un sector común⁵²⁰.

⁵¹⁹ CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las Obligaciones* cit., p. 179; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 655.

⁵²⁰ CNCiv., sala H, 6-3-2009, “Russo, Domingo Miguel y otro c/Consortio de Prop. Navarro 4751/3 s/Daños y perjuicios”, L. L. 2009-D-619, con nota de Félix A. Trigo Represas.

Sin embargo, ante la falta de identificación del lugar del que provino la cosa (parte común o privativa) la demanda contra el consorcio también sería procedente en los términos de la norma en comentario, en la medida en que haya partes comunes que den al sector donde la cosa cayó o fue arrojada.

IV) Significado de la reforma

La norma en análisis consagra, al igual que el artículo 1119 del código derogado, la responsabilidad por las cosas suspendidas o arrojadas de un edificio. Sin embargo, el artículo 1760 del Código es más claro en cuanto a qué supuestos quedan comprendidos, y establece la responsabilidad del dueño y ocupante de la parte del edificio, con una terminología mucho más adecuada que la anterior. Asimismo, y en cuanto a los eximientes, incorpora la posibilidad de que el sindicado como responsable acredite que su inmueble no se encuentra en la parte de la cual provino la cosa que ocasionó el daño. :

Art. 1761 Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.

I) Resumen

La norma sienta un principio general –del que el artículo 1760 resulta una aplicación particular– según el cual todos los integrantes de un grupo responden objetiva y solidariamente por el daño ocasionado por uno de ellos, si éste no ha podido ser identificado.

II) Concordancias

Deber de reparar (art. 1716); antijuridicidad (art. 1717); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730); hecho del tercero (art. 1731); pluralidad de responsables (art. 1751); cosa suspendida o arrojada (art. 1760); actividad

peligrosa de un grupo (art. 1762). Código Penal, homicidio o lesiones en riña (art. 95).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La responsabilidad colectiva por los daños causados por un autor anónimo*

La norma en comentario consagra un principio general que la doctrina construía anteriormente a partir de la aplicación analógica del artículo 1119 del código derogado. Se trata de los casos en que el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo que, en cambio, sí está determinado (v. gr., daños causados a la víctima como consecuencia de una reyerta espontánea de la que participaron varias personas, sin que pueda identificarse quién fue específicamente el que ejerció violencia sobre aquélla). Se trata de un supuesto de causalidad alternativa o disyunta, pues, en realidad, el daño es causado por una persona o por otra, pero de manera alternativa o excluyente⁵²¹.

En tal caso, la ley presume que todos los miembros del grupo han sido coautores del daño, y les imputa responsabilidad objetiva. Hay, pues, una presunción de causalidad a nivel de autoría.

La aplicación del artículo presupone, ante todo, que exista un grupo, es decir, una pluralidad de personas que forman un conjunto definible sobre la base de alguna característica común (haber participado en una riña, o en determinada actividad; grupo de médicos que atendió al mismo paciente, etc.). No es necesario, por el contrario, que ese grupo esté formalmente constituido de antemano por la decisión consciente de asociarse, ligarse o vincularse por parte de sus integrantes; la conexión entre ellos puede ser accidental, circunstancial u ocasional. Lo importante, en definitiva, es que el grupo exista objetivamente⁵²².

Determinada la existencia del grupo, es preciso que exista un nexo entre éste y el daño, en el sentido de que dentro de la pluralidad de

⁵²¹ PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa...* cit., t. III, p. 555.

⁵²² PARELLADA, Carlos A., *Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión decreto N° 191/2011*, en R. C. y S. 2012-X-5.

sus integrantes se encuentre el autor o los autores del daño⁵²³. No se trata aquí, como sí sucede en el artículo 1762, de un daño causado por el grupo en sí mismo, sino por uno o algunos miembros determinados que, sin embargo, no han podido ser individualizados. La norma requiere, como requisito ineludible, que no se haya acreditado quién o quiénes ocasionaron el perjuicio. Es decir, se exige que el autor permanezca en el anonimato, pues si fuera posible establecer quién es el autor concreto de la acción dañosa, la norma sería inaplicable, y sólo podría perseguirse la responsabilidad individual de este último⁵²⁴. Es este anonimato el que permite imputar responsabilidad a todos los miembros del grupo, como una manera de asegurar el resarcimiento de la víctima (quien de no ser así no podría obtener indemnización alguna, a falta de individualización del autor del daño). En definitiva, el damnificado no está precisado de identificar al autor, pero sí de probar inequívocamente que el daño fue causado por alguno de los miembros del grupo⁵²⁵.

Una vez determinados esos elementos, la ley presume *iuris tantum* la relación causal, e imputa la autoría a todos los integrantes del grupo, quienes responden solidariamente. Es importante tener en cuenta que —a diferencia de lo que ocurre cuando el daño es consecuencia del hecho de la cosa viciosa o riesgosa, o de la actividad peligrosa— no se trata aquí de una simple presunción de adecuación causal, sino que, directamente, se presume la existencia de causalidad material, pues la norma no requiere demostrar la autoría de cada uno de los responsables, sino únicamente que el daño provino de alguno de ellos, que no ha podido ser identificado⁵²⁶.

Como lo señala el texto del artículo, cualquiera de los miembros del grupo puede eximirse acreditando que no ha contribuido a la producción del daño. Esta eximente es más amplia que la que preveía el artículo 1119 del código derogado, que requería la identificación del

⁵²³ PIZARRO, ob. cit., t. III, p. 564; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1997, p. 600.

⁵²⁴ TANZI, Silvia Y. y CASAZZA, María Soledad, *Responsabilidad colectiva en el Código Civil y en el proyecto de reforma*, en R. C. y S. 2013-VII-13.

⁵²⁵ PIZARRO, ob. cit., t. III, p. 568.

⁵²⁶ TANZI y CASAZZA, ob. y lug. cit.; PARELLADA, ob. y lug. cit.

verdadero autor del daño. A partir del nuevo texto, no sólo esa circunstancia exime a los sindicatos como responsables, sino que cada uno de ellos puede probar que no contribuyó a la producción del perjuicio (v. gr., si en el ejemplo de la riña acredita que, aunque participó en ella, no ejerció violencia sobre la persona del damnificado). Con eso se estaría probando la efectiva ausencia de causalidad material entre el hecho del demandado y el daño, lo que desvirtuaría la presunción legal.

Al igual que en el artículo 1760, la norma en análisis no dice cuál es el factor de atribución aplicable, ni de qué naturaleza es la responsabilidad que contempla. Sin embargo, es indudable que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, pues la participación en el colectivo considerado resulta suficiente para atribuir responsabilidad, aunque no se encuentre acreditada la autoría material y, menos aún, la conducta subjetivamente reprochable. La culpa del agente es irrelevante, pues la responsabilidad es consecuencia de haber formado parte del grupo, y no de haber sido el autor del daño, que permanece anónimo⁵²⁷. Asimismo, y como expresamente lo dispone la norma en comentario, la responsabilidad de los integrantes del grupo es solidaria, con lo que deberán responder todos frente a la víctima por el total de la indemnización correspondiente.

Por último, es importante señalar que el artículo que se comenta es aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual, lo que permite su empleo, verbigracia, para responsabilizar a un grupo de médicos por el daño sufrido por un paciente a raíz de la mala praxis de uno de ellos, pero cuya identidad se desconoce. Esta solución —que era sostenida por la doctrina y la jurisprudencia ya con anterioridad a la sanción del nuevo Código— es indudable en la actualidad, a partir de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual operada por el artículo 1716, a cuyo comentario cabe remitir.

IV) Significado de la reforma

El artículo en comentario consagra la responsabilidad colectiva por el accionar anónimo de un integrante de un grupo, figura inexistente en

⁵²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 603.

el código derogado (aunque la doctrina y la jurisprudencia ya consagraban esa solución por vía de la interpretación analógica del art. 1119 de este último cuerpo). Asimismo, establece expresamente la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del colectivo, salvo que acrediten que no participaron en la producción del daño.

Art. 1762 *Actividad peligrosa de un grupo.* Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.

I) Resumen

Cuando el daño es causado por uno o algunos miembros de un grupo de riesgo, todos sus integrantes responden solidariamente. A diferencia de los supuestos contemplados en los artículos 1760 y 1761, en este caso no hay causalidad disyunta, ni presunciones de autoría, sino que se considera que, más allá del obrar del sujeto que ocasionó concretamente el perjuicio, éste deriva del riesgo generado por el grupo en sí mismo, y por eso todos sus integrantes responden en calidad de coautores.

II) Concordancias

Factor de atribución (art. 1721); factores objetivos (art. 1743); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757); sujetos responsables (art. 1758); cosa suspendida o arrojada (art. 1760); autor anónimo (art. 1761).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Responsabilidad por el hecho de los grupos riesgosos*

La disposición en estudio consagra la responsabilidad por los daños ocasionados por el accionar riesgoso de un grupo. Dada su aparente

cercanía con el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo anterior (daños causados por un autor anónimo), es preciso delimitar el ámbito de cada una de esas disposiciones.

En primer lugar, en el supuesto regido por el artículo anotado la autoría individual del agente es intrascendente, pues se trata de un supuesto de responsabilidad colectiva como consecuencia del riesgo generado por el grupo en sí mismo. En tales casos, los miembros del grupo responden tanto si media anonimato como si el autor está perfectamente individualizado. Por el contrario, en la responsabilidad que emana del artículo 1761 la falta de identificación del autor es un elemento determinante de la responsabilidad del grupo.

Asimismo, mientras que en el caso que ahora se trata la causalidad es conjunta o común –y vinculada con el riesgo colectivo–, en el supuesto del autor anónimo aquélla es alternativa. Cabe remitir, en este último aspecto, al comentario al artículo 1761.

Por otra parte, mientras que en la responsabilidad que es objeto de análisis la actividad riesgosa del grupo es causa del daño, en la que deriva de la autoría anónima aquélla es sólo un antecedente del perjuicio⁵²⁸, y hasta puede no existir (basta con el anonimato).

Sentado ello, corresponde resaltar que la norma en comentario busca generar herramientas jurídicas más adecuadas para los casos en que el daño es ocasionado por el accionar de determinados grupos riesgosos, como sucede con las denominadas “barras bravas”, las “patotas”, los grupos de agentes contaminantes, etcétera. La creación del riesgo, imputable a todos los integrantes del grupo, se confunde en este caso con la autoría del daño. Es por eso que el daño se atribuye al colectivo, y el sindicado como responsable responde por el solo hecho de pertenecer al grupo⁵²⁹.

Partiendo de esas premisas, para que el artículo en cuestión resulte aplicable el daño debe derivar de una actividad peligrosa desarrollada en conjunto. Es claro que, en la actividad desarrollada por el grupo, pueden existir conductas individuales, pero la norma prescinde de su

⁵²⁸ PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa* cit., t. III, p. 576.

⁵²⁹ PIZARRO, ob. cit., t. III, p. 577.

consideración, pues existe una unidad o indivisibilidad de la acción que constituye la causa del perjuicio⁵³⁰. Es por eso que se requiere únicamente que exista relación causal adecuada entre el accionar del grupo por sí considerado y el daño sufrido por la víctima. Satisfechos esos recaudos, cada uno de los miembros del grupo responde solidariamente como coautor, y por el solo hecho de haber participado en la creación del riesgo desplegado por la actividad grupal.

Para que se configure el supuesto en estudio deben reunirse tres requisitos. En primer lugar, debe haber un grupo, es decir, una pluralidad de personas que forman un conjunto definible sobre la base de alguna característica común. Sin embargo, en el caso particular del grupo riesgoso la existencia de éste queda determinada, principalmente, por la participación de cada uno de sus integrantes en la actividad peligrosa⁵³¹.

En segundo término, el grupo debe realizar una actividad riesgosa. Y para determinar la existencia de este presupuesto debe recurrirse a las pautas que enuncia el artículo 1757 del Código, es decir que la actividad, por su propia naturaleza o por las circunstancias de su realización, debe generar un riesgo o peligro para terceros. En última instancia, el artículo 1762 regula un supuesto puntual de actividad riesgosa, caracterizado por el hecho de que ella es desplegada por un grupo.

Finalmente, es preciso que medie relación causal entre el riesgo generado por el grupo y el daño cuya reparación se reclama. Así, si se demanda a los integrantes de una "barra brava" por los daños sufridos por la víctima en el curso de un espectáculo público, debe acreditarse que el perjuicio fue ocasionado por uno o algunos de los integrantes del grupo (identificados o no). Cabe aplicar aquí, de todos modos, la presunción de adecuación causal que usualmente se reconoce a la víctima de los daños causados por cosas o actividades riesgosas (arts. 1757 y 1758); por esa razón, bastará al damnificado con probar el contacto material entre el daño y la acción peligrosa del grupo para que la

⁵³⁰ PARELLADA, *Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión decreto N° 191/2011* cit., p. 5.

⁵³¹ PARELLADA, ob. y lug. cit.

carga de la prueba se desplace hacia los miembros de este último, quienes deberán demostrar la causa ajena.

Son legitimados pasivos todos los integrantes del grupo, quienes responden solidariamente frente a la víctima. Asimismo, se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo generado por el accionar grupal. La única eximente admitida por la ley es la prueba de no haber integrado el grupo (lo cual implica, en realidad; que no se dan las condiciones necesarias para la aplicación de la norma en examen). En consecuencia —a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad del autor anónimo—, la prueba de quién fue el autor material del perjuicio, o de que el demandado no lo produjo, no exime a este último. Por ejemplo, si se trata de un grupo de automovilistas que desarrollan carreras ilegales en la vía pública (conocidas como "picadas"), es intrascendente acreditar cuál fue el vehículo que atropelló a la víctima, pues responden todos los que participaron del grupo que desarrolló la actividad.

Resta aclarar que también podría intentar el demandado probar la causa ajena, es decir que el daño no fue causado por el accionar del grupo, sino por la propia víctima, un caso fortuito, o un tercero por quien los miembros del grupo no deben responder (de ese modo, en puridad, se tiende a probar que no se configura uno de los requisitos previstos por la norma, consistente en que el daño haya sido causado por un integrante del colectivo). Sin embargo, el caso fortuito o fuerza mayor sólo podrá invocarse cuando sea ajeno al riesgo ínsito en la actividad desarrollada por el grupo (art. 1733 del Código).

IV) Significado de la reforma

La norma en análisis consagra un supuesto de responsabilidad arduamente reclamado por la doctrina: la responsabilidad por el accionar peligroso de un grupo. En estos casos, acreditado el nexo causal entre el accionar del grupo y el daño, todos sus integrantes responden solidariamente frente a la víctima, salvo que acrediten que no formaban parte del grupo.

La solución no se encontraba prevista en el código derogado, pero la doctrina y la jurisprudencia propugnaban de todos modos su apli-

cación sobre la base de la aplicación analógica o extensiva de diversos textos. Ahora se la regula expresamente.

SECCIÓN 9ª

SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

Fundamentos*

Supuestos especiales de responsabilidad.

"En esta Sección se tratan supuestos de responsabilidad que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia argentina, y conforme con esos criterios.

"En cuanto a la persona jurídica se establece que responde por los daños que causen quienes las dirijan o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Es una regla sobre la que no hay mayores discusiones.

"El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.

"El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

"En cuanto a la actividad lícita, se establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Esta norma sigue criterios de varios fallos de la Corte Suprema.

"En los establecimientos educativos se establece que el titular responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o debieran hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Se trata de criterios ampliamente defendidos por la doctrina argentina, concentrando la imputación en el titular del establecimiento, quien, a su vez, descarga el pago en el seguro; lo importante en este caso es asegurar la indemnización a las víctimas, sin perjuicio de las cuestiones penales que puedan existir. En cuanto a la educación superior y universitaria, ya no puede predicarse que exista un deber de cuidado similar al de los otros establecimientos.

"La actividad del profesional liberal está regulada de la siguiente manera:

"-Se aplican las reglas de las obligaciones de hacer.

"-La imputación es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

"-Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, no es objetiva, excepto que causen un daño derivado de su vicio.

"-La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas.

"Estos criterios son los que ha aplicado mayoritariamente la jurisprudencia y han sido defendidos por la doctrina. El profesional promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de la profesión, sin que pueda asegurar un resultado; de allí que la imputación sea subjetiva y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio, si promete un resultado, la imputación es objetiva.

"El profesional actúa con cosas, pero su imputación sólo es objetiva cuando éstas exorbitan el obrar humano por un vicio. No puede considerarse que exista una actividad riesgosa en general, calificada *ex ante*.

"La vida privada está tutelada por medio de los derechos personalísimos y las acciones preventivas. En cuanto a la responsabilidad, se reproducen normas vigentes en la actualidad que han demostrado ser eficaces".

Art. 1763 Responsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

D) Resumen

La responsabilidad de la persona jurídica, en cuanto a los hechos de quienes las dirigen o administran que ocasionen daños a terceros, es objetiva, de acuerdo a la pauta sentada en la norma en análisis. La responsabilidad contractual y los restantes supuestos de responsabilidad (v. gr., por hecho ajeno) se rigen por las normas específicas del Código en cada materia.

II) Concordancias

Persona jurídica (arts. 141 y ss.); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad objetiva (art. 1722); relación causal (arts. 1726 y cons.); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad por hecho ajeno (art. 1753); responsabilidad por el hecho de las cosas (arts. 1757 y ss.).

III) Interpretación de la norma

Desde antaño se ha discutido, tanto en la doctrina nacional como en el derecho comparado, sobre la procedencia de responsabilizar a las personas jurídicas por el hecho de quienes las dirigen o administran. Dicho debate quedó zanjado en la Argentina con la modificación del artículo 43 del código derogado por la ley 17.711 que, en términos similares a la norma en comentario, regulaba la responsabilidad de este tipo de entes.

III.1) *Ámbito de aplicación*

La primera cuestión a dilucidar en la interpretación del artículo 1763 es el alcance de dicha disposición. Ello es así pues la responsabilidad de los entes ideales puede surgir por daños generados por diversas circunstancias, a saber: a) por el incumplimiento contractual en que incurrió la persona jurídica; b) por los hechos de sus dependientes; c) por el hecho de la cosa de la cual es propietaria o está bajo su guarda, y d) por el hecho de los directores o administradores.

Únicamente en el último supuesto enumerado, es decir, los perjuicios ocasionados por los directores o administradores en ejercicio u ocasión de la función, resulta aplicable la norma bajo estudio.

En este sentido, es dable destacar que, en los casos de incumplimiento contractual de la persona de existencia ideal, serán aplicables las reglas generales en materia de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, en particular, los artículos 1723 y 1724 del Código, en cuanto al factor de atribución aplicable, según que se trate de una obligación de resultado o de medios.

A su vez, en los casos en que el daño sea ocasionado por el hecho de los dependientes del ente ideal —es decir, aquellos que no constituyen el órgano de decisión y administración de ésta—, el deber de reparar el daño ocasionado se regirá por las disposiciones relativas a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753 del Código).

Finalmente, si el daño es ocasionado por el hecho de la cosa de la que es dueña la persona jurídica, o de la que es guardiana en los términos del artículo 1758 del Código, entonces la responsabilidad del ente se regirá por las normas que rigen esa materia (arts. 1757 y cons.).

Entonces, solamente cuando el perjuicio haya sido ocasionado por el accionar de los directores o administradores de la sociedad, y se trate de un ilícito extracontractual, surgirá la responsabilidad en estudio.

III.2) *Presupuestos*

Más allá de los presupuestos genéricos para que sea procedente la

reparación del daño ocasionado (antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución), a fin de responsabilizar al ente ideal por el hecho de sus administradores o directores es preciso que éstos revistan ese carácter, y que el perjuicio haya sido inflingido en ejercicio o con ocasión de la función. Estas categorías ya fueron empleadas por el Código en el artículo 1753 –a cuyo comentario cabe remitir– y debe dárseles aquí idéntico sentido.

En cuanto al factor de atribución, en estos casos es la garantía, pues la persona jurídica carece de toda subjetividad, lo que torna inútil valorar, a su respecto, su voluntad o su culpa, lo cual carece en absoluto de sentido. Se trata, en consecuencia, de un supuesto de responsabilidad objetiva⁵³².

IV) Significado de la reforma

El Código consagra en el artículo en comentario la responsabilidad de la persona jurídica por el accionar de sus administradores o directores, en ejercicio o con ocasión de la función encomendada.

Art. 1764 *Inaplicabilidad de normas.* Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Art. 1765 *Responsabilidad del Estado.* La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

D) Resumen

La responsabilidad del Estado no se encuentra regulada en el Código, y su legislación se supedita a las normas que, en la materia, se adopten en particular en el ámbito del derecho administrativo nacional o local. En el ámbito nacional, la ley 26.944 reguló la responsabilidad por actividad lícita e ilícita del Estado.

⁵³² ORGAZ, Alfredo, *Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas*, en L. L. 3-135.

II) Concordancias

Interpretación (art. 2º); relación causal (art. 1726); tipo de consecuencias (art. 1727); previsibilidad contractual (art. 1728); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); imposibilidad de cumplimiento (art. 1732); daño resarcible (arts. 1737 y ss.). Constitución Nacional, derecho de igualdad (art. 16); relación de consumo (art. 42); acción colectiva (art. 43). Ley 24.240, relación de consumo (arts. 1º y 2º); acción colectiva (art. 54). Decreto 1023/2001, régimen jurídico de los contratos administrativos. Ley de Obras Públicas 13.064. Ley de Concesión de Obras Públicas 17.520. Ley de Servicios de Consultoría 22.460. Ley de Empleo Público 25.164. Ley de Responsabilidad del Estado 26.944.

III) Interpretación de las normas

III.1) *La responsabilidad del Estado enmarcada en el ámbito del derecho público*

La responsabilidad estatal por daños ha experimentado una notoria evolución en los últimos siglos, pues la doctrina y la jurisprudencia transitaron desde la irresponsabilidad total del Estado –teoría que recién fue perdiendo vigor con las decisiones del Consejo de Estado francés a lo largo del siglo XIX– hasta el reconocimiento de un deber de indemnizar a los particulares, incluso por sus actos legítimos⁵³³.

En nuestro país, luego de la consagración pretoriana de la responsabilidad del Estado en los precedentes “Devoto”⁵³⁴ y “Ferrocarril Oeste”⁵³⁵, se discutió arduamente si el deber de resarcir el daño ocasionado por el accionar de la administración debía regirse por las normas comunes del derecho privado o si, por el contrario, resultaban aplicables en la materia los principios del derecho administrativo. En sustento de esta última postura, se ha dicho que este tipo de responsabilidad

⁵³³ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, t. II, ps. 477 y ss.

⁵³⁴ CSJN, 22-9-33, “Tomás Devoto c/Prov. de Buenos Aires”, J. A. 43-416.

⁵³⁵ CSJN, 3-10-38, “F. C. Oeste c/Prov. de Buenos Aires”, L. L. 12-122.

tiene caracteres particulares que la tornan autónoma, tales como la idea de "falta de servicio", que es radicalmente extraña al derecho civil⁵³⁶.

Es esta última postura la que terminó primando con la sanción del nuevo Código.

III.2) *El alcance de la limitación prevista en el artículo 1764 del Código*

La aplicación directa o subsidiaria del Código está prohibida en la materia en estudio. Sin embargo, no se encuentra vedada la aplicación analógica del derecho común, cuando ello sea necesario⁵³⁷.

III.3) *La ley 26.944*

El 7 de agosto de 2014 se promulgó la ley 26.944 (B. O. del 8-8-2014), que regula la responsabilidad del Estado en el ámbito nacional. En este sentido, su artículo 1º establece que dicha normativa rige la responsabilidad de los entes públicos por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas.

A continuación, dicho artículo establece que la responsabilidad de la administración es objetiva y directa. Al respecto, cabe recordar que es doctrina del máximo tribunal nacional, a partir del precedente "Vadell"⁵³⁸, que la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos es siempre directa, y se encuentra sustentada en la idea objetiva de falta de servicio, más allá de la eventual responsabilidad que le quepa al dependiente.

Luego, el mismo artículo establece, al igual que el artículo 1764 del Código, que este último no será aplicable a este supuesto de responsabilidad ni directa ni subsidiariamente. Y culmina con la prohibición de imponer daños punitivos a la administración.

⁵³⁶ CASSAGNE, ob. cit., p. 482; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV, p. 718.

⁵³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, en L. L. del 1-10-2012, p. 1.

⁵³⁸ CSJN, 18-12-84, "Vadell c/Prov. de Buenos Aires", L. L. 1985-B-3.

En su artículo 2º, la ley 26.944 prevé los eximentes de responsabilidad del Estado, que son los supuestos de ruptura del nexo causal enumerados también en los artículos 1729 a 1731 del Código: el caso fortuito o fuerza mayor (inc. a, art. 2º), y el hecho de la víctima o de un tercero por el que no se debe responder (inc. b, del artículo citado en último término).

A renglón seguido la norma especial en análisis regula los requisitos de la responsabilidad del Estado por su accionar ilícito, a saber: a) la existencia de un daño cierto; b) la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue, y d) la falta de servicio (art. 3º). En este mismo sentido, la doctrina administrativista ha señalado que, para que resulte procedente la responsabilidad del Estado por su accionar ilícito, es necesario que se encuentren reunidos los recaudos antes enunciados⁵³⁹.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, el artículo 4º de la ley 26.944 establece que deben encontrarse reunidos los siguientes requisitos: a) un daño cierto y actual; b) la imputación a una actividad de un órgano estatal; c) una relación directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño, y e) la persona dañada debe haber sufrido un sacrificio especial, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad. Con anterioridad a la sanción de la norma en comentario, la cuestión se regía por los principios sentados por el cimero tribunal nacional, en particular, a partir del dictado del fallo "Los Pinos"⁵⁴⁰, en el cual concluyó que la responsabilidad del Estado por su actividad lícita resulta procedente cuando el desmedro patrimonial que padece el particular a raíz del acto estatal, que se traduce en un beneficio para toda la comunidad, genere una irrazonable desproporción entre el bienestar común y el privado. A su vez, es preciso que exista un perjuicio especial en el afectado, y la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño⁵⁴¹.

⁵³⁹ CASSAGNE, ob. cit., t. II, p. 502; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. IV, p. 229.

⁵⁴⁰ CSJN, 22-12-76, "Los Pinos SA c/Municipalidad de la Capital", L. L. 1976-B-300.

⁵⁴¹ CASSAGNE, *Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 512.

El fundamento de la obligación del Estado de resarcir ciertos daños causados por su actividad lícita se encuentra en el beneficio que toda la comunidad recibe de las acciones que la administración promueve en el interés general, y cuyas consecuencias eventualmente dañosas es injusto que sean soportadas exclusivamente por un individuo o un grupo limitado, por lo que deben distribuirse en toda la comunidad, a fin de reestablecer la garantía de igualdad, consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna⁵⁴².

Más allá de ello, el artículo 5º de la ley en análisis establece que la responsabilidad del Estado por su accionar lícito es excepcional, y comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata del accionar de la autoridad pública. No resulta procedente la indemnización del lucro cesante, en ningún caso.

Asimismo, la norma excluye la responsabilidad del Estado, aun subsidiaria, por el accionar de sus concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6º).

En cuanto a la responsabilidad contractual del Estado, la ley establece expresamente que este supuesto se rige por las normas específicas, y únicamente en el caso en que ellas no existan será aplicable la norma en estudio en forma supletoria (art. 10).

III.4) *Las acciones colectivas y la responsabilidad del Estado*

Respecto a la eventual responsabilidad colectiva del Estado, resultan aplicables las pautas sentadas por el máximo tribunal nacional en el precedente "Halabi"⁵⁴³, de conformidad con el cual, ante la falta de una normativa especial que regule las acciones de clase, el artículo 43 de la Constitución Nacional es operativo, y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia del titular. Así, y más allá de la inexistencia de una regulación expresa para los casos

⁵⁴² CSJN, 10-12-98, "Azzetti, Eduardo N. c/Estado Mayor Gral. del Ejército", D. J. 1999-2-664.

⁵⁴³ CSJN, 24-2-2009, "Halabi, Ernesto c/PEN", L. L. 2009-B-157.

en que se genere un daño colectivo por el accionar de la administración pública, resulta viable la promoción de la acción colectiva respectiva, cuando se encuentren afectados tanto intereses difusos como así también los intereses individuales homogéneos de un grupo.

Por otra parte, resulta de aplicación al Estado el régimen tuitivo del consumidor, de forma tal que, en aquellos casos en que exista una relación de consumo entre el particular y la administración pública—conforme a lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la ley 24.240, y 1092 del Código—, resultará de aplicación el artículo 42 de la Carta Magna nacional, como así también las disposiciones expresas que, en materia de este tipo de acciones, contiene la ley citada en último término.

IV) Significado de la reforma

Las normas en análisis establecen expresamente que la responsabilidad del Estado se regirá por las normas propias del derecho administrativo nacional o local. Así, en el ámbito nacional se dictó la citada ley 26.944, que sienta los caracteres principales de la responsabilidad estatal en el ámbito nacional.

Art. 1766 *Responsabilidad del funcionario y del empleado público.* Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

I) Resumen

La responsabilidad del funcionario público se encuentra excluida del régimen del Código, aplicándose en este supuesto las normas y principios del derecho administrativo nacional o local. En el ámbito federal, rige lo dispuesto por la ley 26.944. Ello, siempre que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo, es decir que se trate de un funcionario público, y que el daño sea ocasionado por el ejercicio irregular de la función.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); factores de atribución subjetivos (arts. 1724 y concs.); relación causal (arts. 1726 y concs.); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad del Estado (arts. 1764 y 1765). Ley de Responsabilidad del Estado 26.944.

III) Interpretación de la norma

El artículo en comentario se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones. Cabe destacar, en este sentido, que si bien en el artículo 1112 del código derogado –también referido a la responsabilidad de los funcionarios públicos– se consideró, desde antaño, comprendida la responsabilidad directa del Estado⁵⁴⁴, el nuevo ordenamiento civil regula esta última materia –aunque remitiendo su regulación a los principios y normas aplicables del derecho administrativo– en los artículos 1764 y 1765, a cuyo análisis se remite. Es por ello que la norma en comentario se refiere únicamente a la responsabilidad de los agentes en el ejercicio irregular de sus funciones.

En cuanto al concepto de funcionario público, se trata de todo aquel que ejerce una función pública, *de facto* o *de iure*, si presta los servicios en forma onerosa o gratuita, los realiza de forma permanente, temporaria o accidental, y es esencial que su actividad encuadre dentro de la función pública⁵⁴⁵.

Sentado ello, y como surge del texto de la disposición en estudio, el Código establece que la cuestión referida a la responsabilidad de los agentes de la administración pública por el ejercicio irregular de sus funciones se encuentra regida por las normas y principios del derecho administrativo local y nacional.

Así las cosas, en la última jurisdicción mencionada resulta de apli-

cación la ley 26.944 que, en su artículo 9º, establece que los funcionarios y agentes públicos responderán por los daños que ocasionen por el ejercicio irregular de sus funciones, siempre que hayan actuado con dolo o culpa. Asimismo, el plazo de prescripción de la acción contra ellos será de tres años, mientras que la acción del Estado contra los funcionarios o agentes por repetición prescribirá también a los tres años, pero contados desde la sentencia firme que estableció la indemnización a favor de la víctima.

Las consecuencias de la nueva normativa aplicable, al menos en la órbita nacional, son más que relevantes. Ello así pues la conducta irregular del agente no permitirá presumir *in re ipsa* la culpa del agente, como sí ocurría con el régimen anterior a la reforma⁵⁴⁶. En consecuencia, la víctima del hecho ilícito tendrá la carga de la prueba de la culpa del funcionario.

Ahora bien, para que sea aplicable la ley ya citada es preciso que se encuentren acreditados los presupuestos requeridos para la aplicación del artículo 1112 del código derogado, es decir que se trate de un funcionario público, y que el daño sea ocasionado en el ejercicio irregular de sus funciones⁵⁴⁷. Por el contrario, cuando el agente no haya actuado en dicho marco, o no se trate de un funcionario público, nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad civil personal, y serán aplicables las normas del derecho común que rigen la materia⁵⁴⁸.

Por último, es relevante destacar que el artículo 1º *in fine* de la ley 26.944 establece expresamente la imposibilidad de imponer sanciones pecuniarias disuasivas contra los agentes o funcionarios. Se está refiriendo, sin lugar a dudas, a los daños punitivos, que se encontraban consagrados en el artículo 1714 del proyecto original, y que finalmente fueron excluidos del nuevo Código, aunque continúan subsistentes en el ámbito del derecho del consumo (art. 52 bis, ley 24.240).

⁵⁴⁶ SAGARNA, Fernando A., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., 1999, t. 3A, ps. 466 y ss.

⁵⁴⁷ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1997, p. 490.

⁵⁴⁸ SAGARNA, ob. cit., p. 456; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 418.

⁵⁴⁴ A la luz de la doctrina sentada por el máximo tribunal nacional en el precedente "Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires" (del 18-12-84, L. L. 1985-B-3).

⁵⁴⁵ CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando A. (coord.), *Código Civil comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 617 y ss.

IV) Significado de la reforma

La norma en análisis, a diferencia de lo que ocurría en el código anterior (art. 1112), establece que la responsabilidad del funcionario público, siempre que su accionar se vincule con el ejercicio de la función, se regirá por las normas del derecho administrativo.

Art. 1767 Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

I) Resumen

Los establecimientos educativos responderán objetivamente por los daños ocasionados por los alumnos que se encuentren bajo el control de la autoridad escolar, y por los perjuicios padecidos por los educandos en las mismas circunstancias.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad objetiva (art. 1722); relación causal (arts. 1726 y concs.); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad por hecho ajeno (art. 1753); responsabilidad de los padres (art. 1754); responsabilidad de otras personas encargadas (art. 1756); responsabilidad por el hecho de las cosas (arts. 1757 y ss.).

III) Interpretación de la norma

La responsabilidad de los establecimientos educativos ha experi-

mentado una larga evolución a lo largo de los años, desde la responsabilidad subjetiva de los directores de colegio y maestros artesanos por los daños causados por sus aprendices (prevista por Vélez Sársfield en el texto original del art. 1117 del código derogado) hasta la responsabilidad objetiva consagrada por la reforma de la ley 24.830 al artículo citado en último término, respecto de los propietarios de los establecimientos educativos.

El Código regula este supuesto de responsabilidad en forma similar a la prevista en la reforma antes mencionada, aunque con algunas aclaraciones que despejan dudas en cuanto a su alcance.

III.1) *Ámbito de aplicación*

En primer lugar, y respecto de la legitimación pasiva, el régimen de responsabilidad instaurado en el artículo 1767 despeja toda duda en cuanto a que resulta aplicable al "titular" del establecimiento educativo, entendiéndose a éste como aquel que organiza el sistema de educación, es decir, quien emprende el servicio educativo. No basta con que se trate del propietario del inmueble donde se desarrolla la actividad⁵⁴⁹.

Para una postura, quedarían comprendidos todos los establecimientos educativos en los cuales se imparte educación a un menor mediante una organización de tipo empresarial, que presupone un control por parte de la autoridad⁵⁵⁰. Por otro lado, se sostiene que sólo estarían abarcados los establecimientos educativos que imparten enseñanza pero bajo cualquiera de las modalidades del sistema de educación (sea nacional -ley 26.206-, provincial o municipal), máxime cuando la norma señala que el control de los alumnos debe estar bajo la "autoridad escolar"⁵⁵¹.

En los términos de los artículos 1764 a 1766 del Código, y la ley 26.944, los establecimientos públicos quedan ahora excluidos del ámbito de la norma, y la responsabilidad del Estado en tales casos se regirá por las reglas específicas que establecen aquellas disposiciones.

⁵⁴⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La responsabilidad de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997*, en L. L. 1998-B-1047.

⁵⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit.

⁵⁵¹ SAGARNA, Fernando Alfredo, *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial*, en R. C. y S. 2015-IV-255.

La norma en análisis excluye —como ya ocurría en las previsiones del artículo 1117 del código derogado (reformado por la ley 24.830)— la responsabilidad personal del director del colegio, quien deberá resarcir los perjuicios ocasionados por su hecho propio, supuesto en el cual el factor de atribución es la culpa (arts. 1721, 1724, 1749 y concs. del Código).

En segundo término, resulta aplicable el artículo 1767 a los daños causados por los alumnos a terceros, ya sean éstos o no extraños a la actividad educativa.

En cuanto al ámbito espacial de la norma, el titular del establecimiento deberá responder, por un lado, si el daño se ha producido dentro de él, pues en estos supuestos debe presumirse que sucedió mientras el alumno se encontraba bajo el control de la autoridad educativa. A la misma conclusión habrá de arribarse si el perjuicio, si bien ocurrió fuera de la institución, tuvo su causa dentro de ella.

Por añadidura, la responsabilidad del legitimado pasivo no cesa cuando el daño se produce fuera del establecimiento educativo, en aquellos supuestos en que el educando debía estar bajo el control de la autoridad de enseñanza, pero no lo estaba por una falta de control de esta última⁵⁵². En este aspecto, la disposición en examen es clara en cuanto prevé no sólo el supuesto en que el alumno se encuentre bajo control del establecimiento educativo, sino cuando deba hallarse bajo su autoridad⁵⁵³.

Finalmente, el artículo 1767 del Código establece expresamente, como única exclusión, la de los establecimientos de educación superior o universitaria.

III.2) *Presupuestos*

En estos casos la responsabilidad será objetiva, siendo el factor de atribución la garantía, pues el titular del establecimiento educativo asegura la indemnidad de los menores que concurren a aprender, como

⁵⁵² KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. y lug. cit.

⁵⁵³ VILLAGRAN, Santiago, *La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código*, en L. L. del 17-1-2013, p. 1.

así también que los educandos no ocasionarán daños a terceros mientras se encuentren bajo su cuidado⁵⁵⁴.

Se trata, a su vez, de un supuesto de responsabilidad objetiva agravada, pues el titular del establecimiento educativo únicamente se eximirá de responder acreditando la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, es decir, de un hecho que no ha podido ser previsto, o que, previsto, no pudo evitarse (art. 1730 del Código). De esta forma, no podrá eximirse de responsabilidad el agente acreditando el hecho del damnificado (art. 1729), o el hecho de un tercero (art. 1731), salvo que dichos eximentes constituyan, a su vez, un hecho imprevisible o inevitable⁵⁵⁵. Finalmente, tampoco podrá invocar el caso fortuito cuando éste constituya una contingencia propia de la actividad que desarrolla (art. 1733, inc. e).

III.3) *El seguro escolar*

El artículo 1767 establece, a su vez, la obligación para el establecimiento educativo de contratar un seguro de responsabilidad civil. Es una tarea de la autoridad administrativa asegurar el cumplimiento de este deber específico por parte de las instituciones en cuestión, pues la falta de contralor en esta materia, muchas veces, puede conducir a que los damnificados se vean impedidos de percibir el resarcimiento que les corresponde.

IV) *Significado de la reforma*

El artículo 1767 del Código consagra la responsabilidad objetiva de los establecimientos educativos, quienes únicamente se exonerarán de responsabilidad acreditando el caso fortuito o la fuerza mayor. Así, se mantiene el sistema instaurado por la ley 24.830, que reformó lo dispuesto por el artículo 1117 del código anterior.

Art. 1768 *Profesionales liberales.* La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsa-

⁵⁵⁴ SAGARNA, ob. y lug. cit.

⁵⁵⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. y lug. cit.

bilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

D) Resumen

La disposición en comentario, referida al régimen de responsabilidad aplicable a los profesionales liberales, delimita el alcance del deber de responder de éstos, excluyendo la aplicación, en principio, de los regímenes previstos para los daños causados por el hecho de las cosas o por actividades riesgosas (arts. 1757 y ss.).

II) Concordancias

Obligaciones de hacer (arts. 773 y ss.); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad subjetiva (arts. 1721, 1724 y 1725); responsabilidad objetiva (art. 1722); relación causal (arts. 1726 y concs.); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad por hecho ajeno (art. 1753); responsabilidad por el hecho de las cosas (arts. 1757 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Ámbito de aplicación*

El concepto de profesional liberal es bastante equívoco. Ello se debe, principalmente, a que ha sido traído al derecho desde el lenguaje no jurídico⁵⁵⁶. Sin embargo, la doctrina se encuentra conteste en cuáles son las notas tipificantes de concepto de profesional, entre las cuales se destacan la habitualidad, la reglamentación, la habilitación, la presunción de onerosidad, la autonomía técnica, la sujeción

⁵⁵⁶ ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 252.

a colegiación, la sumisión a normas técnicas, y el sometimiento a potestades disciplinarias⁵⁵⁷.

Aunque desde un punto de vista amplio también podrían considerarse abarcados por el concepto a quienes desarrollan tareas manuales en forma independiente, como el fontanero, el electricista o el carpintero⁵⁵⁸, es claro que la norma en comentario adopta un criterio más restringido —coherente con nuestra tradición jurídica—, y considera profesionales liberales únicamente a quienes requieren título universitario para el ejercicio de su actividad y realizan una tarea de índole predominantemente intelectual. Es que no tendría sentido establecer como principio la responsabilidad subjetiva de quienes, como el fontanero o el carpintero, se vinculan con sus clientes mediante un contrato de obra y asumen normalmente obligaciones de resultado.

III.2) *Régimen de responsabilidad del profesional liberal por el incumplimiento de la prestación principal*

El régimen de responsabilidad de los profesionales liberales presenta notas específicas que lo diferencian del sistema general. Máxime teniendo en cuenta la forma en que surge su deber de responder que, en general, tendrá sustento en el incumplimiento del contrato celebrado entre el experto y su cliente. Es por eso que la disposición en comentario remite a las previsiones del Código en materia de obligaciones de hacer (arts. 773 y ss.), pues la prestación a la que se compromete el profesional liberal reviste dicho carácter.

En este sentido, el artículo 1768 establece específicamente que los profesionales liberales responderán subjetivamente por el daño ocasionado, salvo que se hayan comprometido a alcanzar el resultado perseguido por el acreedor. De esta forma, y atento a la expresa remisión que realiza el Código, el profesional liberal responderá subjetivamente cuando se haya comprometido a realizar cierta actividad,

⁵⁵⁷ ALTERINI y LÓPEZ CABANA, ob. cit., p. 253; SZAFIR, Dora, *Análisis exegético de la ley 17.189*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 304.

⁵⁵⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil de profesional liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 14.

con la diligencia adecuada, sin perjuicio de que logre o no satisfacer el interés del acreedor (obligación de medios, art. 774, inc. a, del Código). Por el contrario, cuando se haya obligado a procurar al acreedor el resultado perseguido por este último, la responsabilidad será objetiva, siendo el factor de atribución la garantía (obligación de resultado, art. 774, incs. b, y c, del Código, dependiendo de que el experto haya asegurado la eficacia del resultado o no)⁵⁵⁹.

En lo que hace a la responsabilidad subjetiva del profesional, cabe tener en cuenta que resulta de aplicación en la materia un cierto "afinamiento" del concepto de culpa, dada la mayor diligencia que incumbe al profesional por el conocimiento técnico que posee de la materia. Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1725 del Código, la conducta del experto debe valorarse realizando un paralelismo entre su accionar y el que hubiera prestado un buen profesional⁵⁶⁰, y no frente a la conducta de un hombre medio.

III.3) *La utilización de cosas riesgosas por parte del profesional liberal*

El artículo en comentario establece, en forma expresa, que no resultan aplicables al experto las normas referidas a la responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas (arts. 1757 y ss. del Código).

La circunstancia apuntada torna necesaria la exclusión que realiza la norma en comentario respecto de las cosas de las cuales se sirve el experto pues, si dicha limitación no existiera, entonces la actividad del profesional liberal, en muchos casos, recaería en alguno de estos supuestos, ya sea por las cosas que utiliza para el desarrollo de su

⁵⁵⁹ En cuanto a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, y su trascendencia para determinar el factor de atribución aplicable, ver JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado* cit., p. 7; BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* cit., p. 109; PICASSO, *La singularidad...* cit., ps. 166 y ss.

⁵⁶⁰ PICASSO, Sebastián, *Error y culpa médica*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), *Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, ps. 269 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Responsabilidad civil de los profesionales*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 33.

tarea, o por la índole de la actividad que realiza, y debería responder objetivamente, lo cual resulta inadmisibile.

La cuestión reviste particular importancia en materia médica. Piénsese, por ejemplo, en un cirujano que emplea un bisturí eléctrico, o cualquiera de los complejos aparatos de los que cada vez más se sirve la medicina. Entonces, si tomáramos en cuenta únicamente la participación de la cosa riesgosa en el desarrollo de la tarea, dicho experto debería responder por más diligente que haya sido su conducta. Bastaría con probar que intervino una cosa riesgosa para que surja el deber objetivo de responder del profesional, pues la culpa del cirujano sería irrelevante⁵⁶¹. Ni qué hablar si la cuestión se enfoca desde la órbita de la mera actividad riesgosa, pues podría sostenerse fácilmente que la que despliegan los médicos, en tanto se refiere a bienes esenciales como la vida y la salud del paciente, e implica siempre potenciales complicaciones, reviste ese carácter. Con lo cual se terminaría aplicando responsabilidad objetiva a una materia en donde, en puridad, la propia naturaleza aleatoria del interés perseguido por el paciente (la curación o mejoría) impide, por vía de principio, asegurar resultados.

Es por eso que –en principio– no resulta aplicable a los profesionales liberales la normativa que rige el deber de responder por el hecho de las cosas o actividades riesgosas. Sin embargo, la norma trae una excepción para los casos en que el daño es ocasionado no ya por el riesgo de la cosa –o la actividad–, sino por el vicio de aquélla. No basta, en consecuencia, con que la actividad que se despliega, o la cosa que se emplea, sea riesgosa en abstracto, sino que es preciso que esta última presente un defecto, un vicio que se erija en causa adecuada del daño (v. gr., el mero empleo de un bisturí eléctrico es insuficiente para hacer responder al facultativo, pero si ese bisturí posee un defecto y electrocuta al paciente, se aplica el art. 1757).

Es decir que la ley hace al profesional garante no de la inocuidad de la cosa, pero sí de que aquélla no va a presentar defectos, y sólo en este último supuesto lo hace responsable. Es lógico que así sea, porque en ese caso el daño no proviene ya del riesgo genérico y normal

⁵⁶¹ BORDA, Guillermo A., *A propósito de las cosas riesgosas en la responsabilidad médica*, en L. L. 1993-B-693.

de la cosa o la actividad, sino de una deficiencia que aquélla no tendría por qué tener, pero que se presenta en el caso particular. De todos modos, es importante señalar que para que el médico —o más ampliamente, el profesional— responda objetivamente en tal caso es menester que revista, además, la condición de dueño o guardián de la cosa (art. 1758), lo que no sucede cuando actúa como dependiente de un centro asistencial y empleando las cosas proporcionadas por aquél.

Finalmente, cabe apuntar que la norma en examen limita la posibilidad de invocar el riesgo como factor de atribución de la responsabilidad del profesional liberal, pero no impide, en su caso, hacer valer una responsabilidad objetiva de la clínica (que normalmente responderá en estos casos con base en el art. 5° de la ley 24.240), del fabricante del producto (art. 40, ley 24.240), o de cualquier otra persona que resulte dueña o guardiana de la cosa riesgosa, o despliegue una actividad peligrosa (arts. 1757 a 1759).

IV) Significado de la reforma

El artículo 1768, que no cuenta con una norma análoga en el ordenamiento civil anterior, sienta las reglas básicas de la responsabilidad del profesional liberal, y establece que, en principio, el experto responderá por su accionar negligente, salvo que se haya obligado a obtener el resultado perseguido por la víctima.

Asimismo, y dadas las características del deber de responder de los profesionales liberales, excluye su accionar del régimen de responsabilidad que rige cuando el daño haya sido ocasionado por las cosas o las actividades riesgosas.

Art. 1769 Accidentes de tránsito. Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos.

I) Resumen

El texto, siguiendo el antecedente del Proyecto de Código Civil de 1998, prevé una regulación específica para el supuesto de daños

por accidentes de tránsito disponiendo expresamente la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva por riesgo creado o por actividades riesgosas o peligrosas.

II) Concordancias

Factor objetivo (art. 1722); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito, fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731); responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733); prueba de los factores de atribución y de las eximentes (art. 1734); daños causados a cosas o bienes, sujetos legitimados (art. 1772); acción contra el responsable directo e indirecto (art. 1773). Ley Nacional de Tránsito 24.449 y Códigos de Tránsito provinciales.

III) Interpretación de la norma

III.1) *La incidencia de la responsabilidad objetiva*

En el tema de los accidentes de tránsito no hay demasiadas innovaciones ya que la norma consagra la responsabilidad objetiva, re-ceptando la doctrina y la jurisprudencia vigentes. De modo que subsisten los criterios elaborados sobre la vigencia del riesgo creado en la materia. La denominación “circulación de vehículos” es más amplia que la usual de “accidentes de tránsito” porque incluye a los daños producidos por automóviles (comprendidos de bicicletas, motos, máquinas agrícolas, etc.) no sólo durante la circulación vial sino también en todos los casos en los que media su intervención activa, estén o no en movimiento. En realidad más que accidentes de automotores, de tránsito o de la circulación, se trata de siniestros viales, expresión que excluye la referencia a evento imprevisible que contiene la denominación “accidente” (según el *Diccionario*: “Suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas”).

Algunas de las reglas aplicables que se añaden a las que suministra el artículo 1757 (al que se remite) son las siguientes:

- El riesgo creado regula la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y constituye el principio rector de la materia⁵⁶²;
- pesan presunciones concurrentes de responsabilidad sobre el dueño o guardián y resultan operativas sin necesidad de reconvenir⁵⁶³;
- incumbe al legitimado pasivo –dueño o guardián demandado o reconvenido– acreditar la concurrencia de eximentes de responsabilidad, lo que debe probar de modo fehaciente e indubitable, dada la finalidad tuitiva de la norma. Por ello la falta de prueba perjudica al dueño o guardián demandado o reconvenido porque “la indefinición sobre la forma en que sucedió el accidente hace subsistir la responsabilidad objetiva que recae en el dueño o guardián de la cosa riesgosa cuando ésta interviene activamente en la producción del perjuicio”⁵⁶⁴;
- media integración y armonización entre las normas propias de la responsabilidad objetiva del Código y las normas regulatorias del tránsito (v. gr., Ley Nacional de Tránsito 24.449 y Códigos de Tránsito provinciales), ya que éstas completan y complementan las normas de la responsabilidad civil. Por eso se sostiene con acierto que “la observancia de las reglas de tránsito no basta para eximir de responsabilidad al conductor; la infracción de las reglas de tránsito no implica necesariamente responsabilidad; ambas son presunciones o elementos de juicio; las reglamentaciones no pue-

⁵⁶² Ver GALDÓS, Jorge Mario (con la colaboración de Gustavo H. Blanco), *Responsabilidad por accidentes de tránsito con vehículos*, en LORENZETTI (dir.), *Máximos precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación* cit., t. III, p. 199, Capítulo Cuarto (punto 1); *Accidentes de automotores, la teoría del riesgo creado y las bicicletas*, en L. L. 1994-B-70; *La prevención en los accidentes de la circulación y la seguridad. Algunas aproximaciones jurídicas*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2008-2, *Prevención del daño*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 49.

⁵⁶³ SCJBA, 8-4-86, “Sacaba de Larosa”, Ac. 33.155, L. L. 1986-D-479; CSJN, 22-12-87, “Entel c/Provincia de Buenos Aires”, L. L. 1988-D-297.

⁵⁶⁴ SCJBA, 20-5-2009, “Iglesias, María Elena c/‘Nueva Chevallier SA’ y otros s/Daños y perjuicios”, Ac. C. 102.054 (se admitió la demanda íntegramente ante la falta de prueba del vehículo que invadió el carril contrario); 11-5-2011, “Kary de Orgeira, Rosa Argentina y otros c/Milanesi, Benjamín Mario Tomás y otro s/Daños y perjuicios” (se admitió la demanda íntegramente ante la falta de prueba de que el vehículo del demandado circulará por la derecha), C. 90.855 S.

den ser soslayadas y deben considerarse, junto con otras circunstancias, en oportunidad de calificar la conducta de la víctima o del tercero; y en cada caso se impone la necesidad de verificar las circunstancias integrales, la incidencia de las reglas de tránsito y de los principios generales de la responsabilidad civil”⁵⁶⁵;

- la culpa incide no sólo como factor de atribución de responsabilidad del dueño o guardián demandado sino como eximente de responsabilidad (la denominada función impropia de la culpa) en el hecho de la víctima o de un tercero por el que no debe responder;
- la culpa y las presunciones legales de responsabilidad de la reglamentación del tránsito operan como eximentes subjetivas (culpa de la víctima o del tercero) y se añaden al riesgo creado por el dueño o guardián; a la responsabilidad objetiva del artículo 1757 se le adicionan las reglas y principios de la legislación específica del tránsito; por ejemplo, la velocidad precautoria (art. 50, ley 24.449), el deber genérico de precaución (art. 39, inc. b, ley 24.449), la pérdida del dominio efectivo del vehículo (art. 39, inc. b, ley 24.449), la inobservancia del deber de respetar las prioridades de paso preferente (art. 41, ley 24.449), o de abstenerse de incurrir en las prohibiciones expresas (art. 48, ley 24.449), etcétera;
- habitualmente concurren duplicidad de factores de atribución de responsabilidad: riesgo creado por el automotor y culpa de su conductor; la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina sostiene que también es de aplicación la responsabilidad objetiva al conductor del vehículo y al dependiente del dueño o guardián que manejaba⁵⁶⁶.

III.2) La legitimación activa y la legitimación pasiva

1. La legitimación activa involucra a quienes pueden reclamar los

⁵⁶⁵ SCJBA, 3-3-2004, “Carradoni, Ítalo y ot. c/Perrota, Norma y ot.”, Ac. 84.867.

⁵⁶⁶ Ver GALDÓS, Jorge M. y BENAVENTE, María I., *Tenencia y posesión de automotores. Algunas aproximaciones*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2009-3, *Automotores – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 7.

daños (los anteriores arts. 1095 y 1110 del código derogado; actuales arts. 1772 y 1773 del nuevo Código). En general se sostiene que pueden accionar el dueño o propietario registral, el propietario no registral (titular de un boleto de compraventa privado o de otro título que le confiera un derecho personal), el tenedor, el poseedor de buena fe, el usuario del automóvil.

Respecto del usuario, la jurisprudencia, en general, acepta desde hace tiempo que está "legitimado para reclamar la indemnización por los daños sufridos por el rodado aunque no haya efectuado o pagado las reparaciones y aun cuando no haya acreditado la condición invocada de propietario si demuestra otra que le da derecho al resarcimiento [...] pero no está legitimado el mero tenedor que hace valer sus derechos como locatario, comodatario, depositario"⁵⁶⁷. En sentido concordante se añade que "acreditado el daño y la relación causal, el que lo provocó debe indemnizarlo, pues si se condicionase la indemnización al previo pago, se estaría en los hechos alterando la causa que legitima al actor, que ya no sería el ilícito sino el pago, considerándolo así como subrogado en los derechos del otro. El usuario no puede ser privado de derecho en razón de que aún no ha efectuado el arreglo, pues esta obligación hace a su relación con el titular de la cosa y no con el conductor, la cual es independiente y deriva del cuasidelito"⁵⁶⁸, en sentido congruo con antigua jurisprudencia de la Corte nacional⁵⁶⁹.

Se discute si el daño por la privación de uso del automotor se presume, y en algún supuesto se sostuvo que rige sólo para los vehículos afectados a un uso particular, no así para los que tienen destino

⁵⁶⁷ CNECC, en pleno, 30-12-85, "Bellucci, Nicolás c/Pollano, Edgardo s/Su-
mario".

⁵⁶⁸ SCJBA, 6-12-88, "Lavalle, Graciela N. c/Sypa SA y otro", c. 39.750, D. J. 136-11; "Barrera, Alfredo A. c/San Sebastián, Alberto y otro", Ac. 40.076, L. L. 1989-E-359, D. J. J. 136-195; "Decona, Omar Donato c/Panello, Oscar F.", Ac. 42.405, D. J. J. 137-119.

⁵⁶⁹ CSJN, 16-8-79, "Castelli, R. L. c/Díaz, E. P. s/Daños y perjuicios", Fallos: 381:685; "Villafañe, Oscar c/Adrover, Jerónimo", L. L. 1987-A-680; AZPELICUETA, Juan, *Legitimación para reclamar daños causados al automotor*, en E. D. 117-874; C1°CCom. de San Isidro, en pleno, L. L. 1987-A-426; CCCom. de Azul, sala II, 30-5-96, "Dómina, Nicolás C. c/Cornejo Costas, Adrián s/Daños y perjuicios", L. L. B. A. 1997-829.

productivo⁵⁷⁰. También se discrepa si es procedente el reclamo del usuario en caso de destrucción total del rodado⁵⁷¹.

2. La pérdida del valor de reventa que sufre el rodado en el mercado se trata de una merma que incide en el patrimonio de quien es dueño de la cosa y resultaría perjudicado al ofrecerla en venta⁵⁷², criterio concordante con un anterior fallo plenario en el que se sostuvo que "el mero tenedor, que no probó ser propietario del vehículo no está legitimado para reclamar la desvalorización del valor venal o la pérdida de su valor de venta"⁵⁷³ y con antiguos precedentes de la Corte Suprema⁵⁷⁴. La acción indemnizatoria por desvalorización del valor venal corresponde al propietario, que es el único que puede venderlo⁵⁷⁵. "Si bien el usuario, poseedor o tenedor del automóvil cuenta con legitimación para reclamar los daños inmediatos derivados de la destrucción parcial de la cosa -tales como los relacionados con la reparación de la misma- no le asiste interés jurídico para reclamar por la desvalorización del automóvil desde que en principio ello no le causa perjuicio, habida cuenta de que las cosas acrecen o se pierden para sus dueños"⁵⁷⁶.

⁵⁷⁰ CSJN, 17-9-96, "Empresa Ferrocarriles Argentinos c/Gálvez, Orlando y otros s/Daños y perjuicios", por mayoría con nota de Jorge Bustamante Alsina, L. L. 1997-B-431.

⁵⁷¹ La admite la CCom. de Azul, sala 2ª, 19-5-99, "Lazzarino, Lismael c/C. T. R. Comunicaciones", E. D. 178-335, con nota de Bustamante Alsina.

⁵⁷² MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., *Código Civil comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, exégesis al art. 1110, notas 10 y 11, p. 307; CIFUENTES, Santos y SAGARNA, Fernando, *Código Civil anotado, La Ley*, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 514.

⁵⁷³ CNECC, en pleno, 23-9-85, "Maccione, Juan c/Reyes, Augusto", L. L. 1986-C-179.

⁵⁷⁴ CSJN, "Rossi Adhenar c/Vertedor, José L. y otros Prov. de Buenos Aires", L. L. 1993-B-503, N° 1395 y 1396; SCJ de Mendoza, 13-8-86, "Gutiérrez, Pablo c/Olivera, Bordón", L. L. 1987-A-604, voto en disidencia de la Dra. Kemelmajer de Carlucci con nota aprobatoria de la opinión de la minoría de Roberto Brebbia.

⁵⁷⁵ BREBBIA, Roberto, *Problemática jurídica de los automotores*, t. 2, p. 262, y TRIGO REPRESAS, Félix y COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil por accidente de automotores*, t. 2, p. 554; en contra, ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a los automotores*, t. 1, p. 295.

⁵⁷⁶ CCCom. de Dolores, 19-11-2008, "Tbalo, Graciela M. y Furgón, Oscar c/Ibáñez, Héctor Fernando", L. L. B. A. 2009 (febrero), p. 91; en el mismo sentido, STJ de Chubut, 5-12-2007, "Riquelme, Héctor c/Alvarado Vargas, José", con nota a fallo de

En resumidas cuentas: la desvalorización del valor venal sólo la puede pedir el dueño⁵⁷⁷.

3. La legitimación activa del usuario y del tenedor se amplía ya que el actual artículo 1772 admite que la reparación del menoscabo a un bien o una cosa puede ser reclamada por el titular de un derecho real, el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien. De este modo se modifican los anteriores artículos 1095 y 1110 del código derogado que autorizaban al dueño o poseedor de la cosa si el daño irrogase perjuicio a su derecho y a quien tiene la cosa con la obligación de responder de ella pero sólo en ausencia de su dueño. Se infiere, en suma, que con esta nueva normativa el usuario podrá reclamar todos los daños materiales del automóvil (incluida la desvalorización del valor venal).

4. *La legitimación pasiva.* Son legitimados pasivos, el dueño o propietario registral, el guardián, el autor del hecho y otros responsables indirectos como el principal por el hecho del dependiente o el padre o tutor por los hechos de sus hijos o pupilos.

Un aspecto importante es la situación del dueño registral que vendió el automóvil y omitió efectuar la denuncia de venta en el Registro Nacional de Propiedad del Automotor, conforme el régimen del artículo 27 del decreto-ley 6582/58 (t. o. ley 22.977), que dispone que si con anterioridad al hecho dañoso el dueño registral comunicó al Registro que hizo la tradición de auto "el comprador será considerado 'tercero' por quien el vendedor no debe responder y que el automotor fue usado por el comprador en contra de la voluntad del propietario registral inscripto (vendedor o transmitente). En la actualidad la Corte nacional se pronunció por la tesis de que el vendedor se puede liberar de responsabilidad acreditando de modo fehaciente y asertivo la venta y desposesión del rodado, aunque no haya efectuado la denominada 'denuncia de venta' la que constituye un mecanismo —no el único— de prueba"⁵⁷⁸. Empero

INÍGUEZ, Marcelo Daniel, *El usuario y el derecho a la reparación en el Derecho Judicial del Chubut*, en L. L. Patagonia 2008 (octubre), p. 441.

⁵⁷⁷ CCCom. de Azul, sala II, 14-4-2009, "Márquez, Constanza c/Cameroni, Juan y otro s/Daños y perjuicios", causa 52.862.

⁵⁷⁸ CSJN, 21-5-2002, "Camargo, Martina y otros c/Provincia de San Luis y otra", J. A. 2003-II-275; 19-5-97, "Seoane, Jorge O. c/Entre Ríos, Prov. de y otro s/Daños y perjuicios", Fallos: 326:1211.

la cuestión no es pacífica en la justicia nacional en lo civil, y algunos fallos afirman que sólo libera la denuncia de venta⁵⁷⁹ y otros exoneran al dueño sin acudir a la doctrina de la Corte aplicando un antiguo fallo de las Cámaras en pleno⁵⁸⁰. Del mismo modo se había decidido en anterior encuentro plenario de las Cámaras⁵⁸¹. Otros pronunciamientos resolvieron que la presunción de liberación de responsabilidad derivada de la denuncia de venta es *iuris tantum* y admite prueba en contra⁵⁸².

También prevalece la opinión que pregona que la responsabilidad del dueño y la del guardián son concurrentes y no excluyentes, o sea que frente a la víctima ambos son responsables por todo el daño producido y sin perjuicio de las acciones recursorias entre ambos⁵⁸³. Empero otros tribunales también han sostenido que "la responsabilidad del dueño y del guardián no siempre es concurrente y el juez debe analizar en cada caso si se probó el desdoblamiento de esas condiciones"⁵⁸⁴.

IV) Significado de la reforma

El texto recoge la doctrina y la jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tránsito, las que mantienen pleno vigor.

Art. 1770 *Protección de la vida privada.* El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde corres-

⁵⁷⁹ CNCiv., sala I, 9-3-2004, "Romero, Fabián c/Ramírez, Néstor", J. A. 2004-III-248.

⁵⁸⁰ CNCiv., sala F, 16-2-2004, "Martínez, Carlos F. c/Ferreira, José s/Daños y perjuicios"; íd., 16-10-2002, "Kachaba, Jorge F. y otro c/Luque, Fabio y otros".

⁵⁸¹ CNCiv., en pleno, 9-9-93, "Morris de Sotham, Nora c/Besuzzo, Osvaldo P. y otra s/Sumario", J. A. 1994-I-601, L. L. 1993-E-586, E. D. 156-224; abandona la doctrina de un plenario anterior de la CNECC, 18-8-80, "Morrazo, Norberto c/Villareal, Isaac", L. L. 1981-B-98.

⁵⁸² CNCiv., sala J, 15-2-2007, "Cursach, Diógenes c/Nalevaiko, Miguel", J. A. 2007-II-68, R. C. y S. 2007-927; sala G, 17-10-2007, "Adrem Corporación Industrial AS c/Grau, Alberto", R. C. y S. 2008-764, E. D. 227-106.

⁵⁸³ CSJN, 28-7-87, "Giménez, José E. c/Prefectura Naval Argentina", J. A. 1987-IV-667; 14-9-2004, "Molina, Ángel c/Prestaciones Comerciales SA".

⁵⁸⁴ SCJBA, 20-12-2006, "R., M. C. c/De la Canal, Hugo Ernesto y otros s/Daños y perjuicios", Ac. 78.556.

pondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

D) Resumen

El artículo reitera, con adecuaciones, el artículo 1071 bis del código derogado, según la reforma de 1968, y protege el derecho subjetivo a la privacidad, o también llamado a la intimidad, a la vida privada, a la esfera privada o esfera íntima. Las dos conductas que se proscriben son amplias (intromisión arbitraria y perturbación de la intimidad) y se describen enunciativamente varias formas o modalidades de ataque: publicación de fotos, imágenes o retratos, difusión de correspondencia, mortificación en las costumbres o sentimientos. Y en tales casos las acciones son dos: el cese e indemnización del daño en curso, y la indemnización y publicación de la sentencia si el daño se consumó. Se recepta la función preventiva de la responsabilidad civil y la publicidad de la sentencia condenatoria integra el alcance de la reparación plena o completa del daño en caso de violación del derecho a la intimidad.

II) Concordancias

Inviolabilidad de la persona humana (art. 51); protección de la dignidad personal (art. 52); derecho a la imagen (art. 53); deber de prevención del daño (art. 1710); reparación plena (art. 1740). Constitución Nacional (art. 19). Ley 11.723 (arts. 31 y 32).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El derecho a la intimidad*

La norma tutela la intimidad y no el honor de las personas, por lo que no importa si el hecho es cierto o falso sino si es agravante.

El derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales, y los intereses públicos⁵⁸⁵. El derecho a la vida privada permite al individuo preservar mediante acciones legales su intimidad, es decir, la parte no comunicable de su existencia⁵⁸⁶.

Es un derecho de la personalidad, innato, vitalicio, necesario, esencial, inherente, extrapatrimonial, relativamente disponible, autónomo y se ejerce *erga omnes*⁵⁸⁷, y la protección jurídica de la intimidad es autónoma de la conferida al honor, nombre, imagen o identidad personal⁵⁸⁸. Comprende la protección de la salud, las preferencias sexuales, las relaciones de parentesco, las creencias religiosas e ideológicas, las costumbres y hábitos privados, los datos personales sensibles; en cambio se discrepa sobre el alcance de la situación económica y la vida profesional. La norma ampara al hombre privado pero también al público en lo que hace a la esfera doméstica o familiar, con exclusión de los aspectos propios de la vida social. En el caso de las personas públicas se produce una disminución del umbral de protección por lo que hay algunos aspectos de su vida privada que quedan librados al conocimiento público⁵⁸⁹.

Están protegidas las personas físicas vivas. El ejercicio de la acción es de carácter privado, no se trasmite a herederos, pero los sucesores pueden invocar un daño propio por la lesión a la intimidad del muerto. La responsabilidad puede ser directa y por hecho propio o indirecta por los dependientes. El factor de atribución es subjetivo fundado en la culpa o dolo.

⁵⁸⁵ CIFUENTES, Santos, *El derecho a la intimidad*, en E. D. 57-832; *Los derechos personalísimos*, 2ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, 1995, p. 546.

⁵⁸⁶ GOLDENBERG, Isidoro H., *Lo tutela de la vida privada*, en L. L. 1976-A-576.

⁵⁸⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (co-ord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado, concordado cit.*, t. 5, p. 73.

⁵⁸⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad*, Astrea, Buenos Aires, 2011, t. 2, p. 482.

⁵⁸⁹ FERREYRA RUBIO, Delia, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial cit.*, 1999, t. 3A, p. 134.

III.2) *Presupuestos del acto lesivo*

La norma prevé dos conductas: 1) entrometimiento arbitrario (“meterse” en la vida ajena) y 2) perturbación de la intimidad. El texto actual suprimió el requisito negativo del código anterior consistente en que “el hecho no fuere un delito penal”, lo que había sido criticado por la doctrina. El entrometimiento debe ser incausado e ilegítimo—contrario al ordenamiento jurídico—, por lo que no se configura si proviene del ejercicio regular de un derecho, del cumplimiento de una obligación legal, si es necesario para la administración de justicia (v. gr., fotografías para identikits de delincuentes publicados), está basado en el orden público, media consentimiento del ofendido o concurre alguna causal de justificación⁵⁹⁰. La perturbación a la intimidad supone alteración, menoscabo, afectación de la reserva personal que no necesariamente constituya entrometimiento arbitrario, por ejemplo la difusión de información o datos personales con finalidad descalificante de la persona. “Perturbar” significa “trastornar el orden, la quietud y el sosiego de algo o de alguien”, que puede hacerse sin necesidad de entrometimiento.

El artículo menciona, ejemplificativamente, varias modalidades de ataque o vías de agresión: publicación de retratos, fotos o imágenes en supuestos de lesión a la intimidad (v. gr., de una foto privada, y no de ataque a la imagen, que sería el caso de la difusión de la foto de una modelo sin autorización, según las previsiones de la ley 11.723), filmaciones, registros de voz, difusión de correspondencia u otros papeles privados y confidenciales (esquelas, notas, dedicatorias de regalos, mensajes de textos, difusión de e-mails, etc.); mortificación de costumbres o sentimientos, que es un nódulo de comportamiento amplio comprensivo de molestias, invasiones, turbaciones, ofensas, etcétera, a la vida individual y familiar y que comprende bromas telefónicas, creación de una situación penosa o humillante⁵⁹¹, ataques mediante el empleo de la informática, Internet o las redes sociales, acoso sexual o laboral, etcétera, utilización lesiva del nombre (pro-

⁵⁹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El derecho a la intimidad*, en J. A. 1975-406, doctrina.

⁵⁹¹ GOLDENBERG, *La tutela de la vida privada* cit., p. 585, III 4.

tegido por la ley 18.248). La expresión del texto legal que alude a la perturbación de cualquier modo de la intimidad constituye una norma abierta que le confiere al juez un margen de interpretación amplio que podrá comprender otras vías tecnológicas más modernas de violación de la intimidad (mensajes de texto, páginas web, cámaras ocultas, etc.).

III.3) *Acciones previstas*

La ley prevé dos acciones:

1. El cese o suspensión de la perturbación del daño en curso frenando su continuación, con más el agregado de la indemnización correspondiente. Se trata de la función preventiva de la responsabilidad (art. 1710)⁵⁹² y nada impide el ejercicio por separado de una medida urgente y, en otro proceso e incluso ponderando el resultado de la tutela preventiva (por ejemplo, la inmediata suspensión de la intromisión), la promoción de la pretensión resarcitoria.

2. La indemnización del daño consumado y la publicación de la sentencia como modalidad complementaria de la reparación plena.

En ambos casos el resarcimiento será completo o pleno, recogiendo el artículo 1770 la doctrina del régimen anterior ya que el antiguo artículo 1071 bis se refería a la indemnización equitativa, la que fue interpretada como equivalente a reparación íntegra.

IV) *Significado de la reforma*

El artículo sigue los lineamientos del código derogado, suprime el impedimento de que el hecho no fuera un delito penal, y admite una medida preventiva consagrando en concreto una de las funciones de la responsabilidad civil, como lo es la prevención (art. 1710). El texto reafirma la amplia protección de la persona humana, tutelando la privacidad como indudable proyección individual.

⁵⁹² SAGARNA, Fernando, *Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros*, RIVERA, Julio (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 941.

Art. 1771 Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

I) Resumen

El artículo prevé el supuesto de acusación calumniosa, en cuyo caso el responsable responderá si concurre un factor de atribución más acentuado: dolo o culpa grave, no siendo suficiente la culpa genérica del artículo 1724 del Código. Además, y para que se configure el hecho ilícito resarcible, el denunciado debe probar que el autor de la falsa denuncia o querrela actuó sin razones justificantes para creer que el denunciado estaba implicado. El resarcimiento comprende todos los daños, patrimoniales y no patrimoniales, y el bien protegido es el honor.

II) Concordancias

Deber de prevención del daño (art. 1710); factores subjetivos (art. 1724); reparación plena (art. 1740); protección de la vida privada (art. 1770). Código Penal, delitos contra el honor (arts. 109 a 117); falsa denuncia (art. 245).

III) Interpretación de la norma

III.1) Acusación calumniosa

La acusación calumniosa estaba prevista en el artículo 1090 del código derogado, se corresponde con los artículos 109 y siguientes del Código Penal, y consiste en la falsa imputación de un delito denunciado por querrela o denuncia. La acusación calumniosa se configura cuando se formula ante la autoridad competente mientras que la simple calumnia no requiere de querrela o denuncia y basta con la falsa imputación de un delito doloso. El factor de atribución es la culpa agravada o el dolo, no bastando la culpa porque prevalece el

interés social en la investigación y represión de los delitos criminales. La norma civil actual alude a “los daños causados por una acusación calumniosa” en vez de “si el delito fuere de acusación calumniosa” como lo preveía el artículo 1090 del código derogado. Es que en el ámbito civil se tiene en miras la protección del honor y en cambio la ley penal, sin ser indiferente a aquél, valoraba en forma preponderante el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado⁵⁹³. Existe coincidencia en que el honor tiene dos aspectos: la honra u honor subjetivo, es decir la propia valoración, y el honor objetivo, esto es la reputación o consideración a juicio de las otras personas. Cabe aclarar que la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso impide la reparación del daño (art. 1779, inc. a).

III.2) Requisitos

Para que exista acusación calumniosa deben concurrir los siguientes presupuestos: a) la denuncia o querrela por un delito ante la autoridad; b) la falsedad de la misma, y c) la previsión de la conducta delictiva imputada entre las figuras del Código Penal⁵⁹⁴. Es requisito de procedencia de la acción que el imputado penalmente por la acusación calumniosa sea sobreseído o absuelto en la causa que se le promovió a raíz de aquélla, aunque puede ser absuelto y no por ello necesariamente condenado el querellante o denunciante cuando la forma en que ocurrieron los hechos o se formuló la denuncia permiten razonablemente creer en la existencia de un delito o de la participación del acusado. El denunciante o querellante responde por la falsedad de la denuncia o querrela siempre que se pruebe que no tenía razones para creer que el acusado estaba implicado en el hecho que le atribuía, por lo que se sanciona la acusación precipitada e imprudente, realizada con ligereza y negligencia “grave” o “dolosamente”, tal como lo exigía la jurisprudencia⁵⁹⁵. La norma ampara el honor de la persona denun-

⁵⁹³ PARELLADA, Carlos, *Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente*, en J. A. 1979-III-688.

⁵⁹⁴ SAGARNA, *Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros* cit., p. 941.

⁵⁹⁵ CNCiv., sala L, 6-5-2010, “Lanare de Fernández, Marta Aurora c/Limardo de Cozzo, Rosario y otro”, R. C. y S. 2010-XI-182; sala A, 23-12-2008, “M., M. A. y

ciada, aunque también se señala que se tutela el normal desenvolvimiento de las funciones de la justicia penal para investigar y esclarecer los delitos⁵⁹⁶. La indemnización comprende los daños materiales y morales. La Corte nacional decidió que en los delitos contra el honor no se necesita prueba directa porque se infiere a partir de la calidad objetiva de la ofensa con relación a las circunstancias de la víctima⁵⁹⁷.

La norma sólo se refiere a la acusación calumniosa por lo que no comprende a la injuria y a la simple calumnia, que estaban previstas en el artículo 1089 del código derogado. El silencio de la ley permitiría inferir que en estos últimos supuestos se aplica el principio de la culpa como factor residual previsto en el artículo 1721. No hay motivos para apartarse del criterio clásico de que en la injuria y en la calumnia simple debe mediar un factor subjetivo, mientras en la acusación calumniosa el factor es subjetivo agravado. Debe destacarse que la doctrina y jurisprudencia sostuvo que el anterior artículo 1090 del código derogado preveía un supuesto de acusación o denuncia calumniosa, que requería dolo pero que a falta de la intención de dañar puede ser culposa, y comprometer en cuanto cuasidelito la responsabilidad del acusado⁵⁹⁸.

El plazo de prescripción comienza a correr desde la absolución o sobreseimiento.

IV) Significado de la reforma

Esta norma sigue las directrices del artículo 1090 del código derogado y protege esencialmente al denunciado o imputado de una acusación calumniosa falsa, en base a un factor subjetivo agravado.

otro c/G., N. N.", L. L. 2009-B-252, cit. por SAGARNA, *Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros* cit.

⁵⁹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad* cit., t. I, p. 249.

⁵⁹⁷ Fallos: 327:192.

⁵⁹⁸ CNCiv., sala I, 8-5-2012, "Gradín, Mario c/Herrendorf, Daniel", R. C. y S. 2012-VIII-195; sala M, 7-3-2012, "Dángelo, Carlos c/Obra Social de Seguro", R. C. y S. 2012-VIII-197, con reenvío a LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1982, t. IV A, p. 142, Nº 2390 B.

SECCIÓN 10*

EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Fundamentos*

Ejercicio de las acciones.

"En cuanto al ejercicio de las acciones es importante señalar que se establece el principio de la independencia entre la acción civil y penal, largamente reclamado por la doctrina.

"La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales".

Art. 1772 *Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados. La reparación del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por:*

- a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien;
- b) el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien.

I) Resumen

La disposición en comentario delimita la legitimación activa para reclamar los daños derivados de la lesión a un bien (aclarando su alcance en relación con lo dispuesto por el artículo 1094 del código derogado), y determina que se encuentran legitimados tanto el dueño de la cosa o bien como su poseedor de buena fe, o su tenedor.

II) Concordancias

Dominio (arts. 1941 y concs.); posesión y tenencia (arts. 1908 y ss.); antijuridicidad (art. 1717); responsabilidad objetiva (art. 1722); relación causal (arts. 1726 y concs.); prueba de los factores de atri-

* De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

bución y de las eximentes (art. 1734); responsabilidad directa (art. 1749); responsabilidad por hecho ajeno (art. 1753); responsabilidad por el hecho de las cosas (arts. 1757 y ss.).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1772 del Código establece la legitimación activa para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos cuando el daño resulta del menoscabo de una cosa o bien. Como surge claramente del artículo, no se trata de una acción real, que surja del derecho de dominio que el individuo tiene sobre la cosa, sino, por el contrario, de una acción personal. Por ello, no se vincula con el derecho que el perjudicado tiene sobre la cosa destruida, sino con el resarcimiento del daño que sufrió por la lesión de su interés ante la desaparición o deterioro de la cosa, sin perjuicio de cuál sea el derecho que le correspondía sobre ella⁵⁹⁹.

En cuanto a las personas a las cuales la disposición confiere legitimación, el artículo comienza mencionando al titular de dominio de la cosa, quien, sin lugar a dudas, es el primer legitimado para reclamar los daños que haya sufrido por el deterioro o la pérdida del bien. La calidad de dueño debe ser acreditada, a su vez, como existente al tiempo del hecho dañoso⁶⁰⁰.

En su segundo inciso, la norma se refiere al poseedor de la cosa o bien, aunque aclarando –al contrario de lo que ocurría en el artículo 1094 del código derogado– que, para estar legitimado, debe tratarse de un poseedor de buena fe. En efecto, con anterioridad a la reforma era debatido en la doctrina si el artículo citado en último término amparaba únicamente el derecho del poseedor legítimo, o si, por el contrario, alcanzaba también al ilegítimo⁶⁰¹. Atento a la expresa redacción de la

⁵⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, p. 280.

⁶⁰⁰ SAUX, Edgardo I., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., 1999, t. 3A, p. 410.

⁶⁰¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., t. 5, p. 282.

norma, para reclamar la indemnización el poseedor deberá ser de buena fe, en los términos de los artículos 1918 y siguientes del Código.

A su vez, la disposición en análisis se refiere al tenedor de la cosa, terminando con el debate en cuanto al alcance de la disposición derogada antes citada, que se refería a la “simple posesión”, cuestión que fue dilucidada por la doctrina en favor de considerar que, pese a la terminología utilizada, se refería a la tenencia⁶⁰². Así, podrá considerarse comprendido en este artículo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1910 del Código, a todo aquel que ejerza un poder de hecho sobre la cosa, y que se comporte como representante del propietario. Por ende, quedan alcanzados por la normativa el locatario, el comodatario y el depositario, entre otros.

Finalmente, la disposición en estudio no se refiere, en forma expresa, al acreedor hipotecario, como sí lo hacía la norma derogada. Sin embargo, ello no implica que los acreedores prendarios o hipotecarios carezcan de legitimación para reclamar los daños y perjuicios que les sean ocasionados por el deterioro o desaparición de la cosa. Ello es así en virtud de la expresa limitación de los derechos del constituyente de la garantía real que surge del artículo 2195 del Código, como así también del principio general sentado en el artículo 1716 del mismo ordenamiento⁶⁰³.

IV) Significado de la reforma

El artículo en estudio, al establecer la legitimación activa para reclamar los daños ocasionados respecto de un bien, determina con mayor claridad que el código anterior su alcance, y establece que se encuentran legitimados tanto el dueño de la cosa o bien como su poseedor de buena fe, o tenedor.

Art. 1773 Acción contra el responsable directo e indirecto. El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto.

⁶⁰² CNECC, en pleno, 23-9-85, “Maccione, Juan C. c/Reyes, Agustín y otros”, L. L. 1986-C-179; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., t. 5, p. 282.

⁶⁰³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., t. 5, p. 283.

I) Resumen

El legitimado activo se encuentra facultado para reclamar, en forma independiente o conjunta, según cuál sea su elección, a quien haya sido el autor del hecho, y a quienes se encuentren obligados a responder por el hecho ajeno.

II) Concordancias

Obligaciones concurrentes (arts. 850 y ss.); responsabilidad directa (art. 1749); pluralidad de responsables (art. 1751); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos (art. 1754); responsabilidad de los tutores y curadores (art. 1756).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1773 faculta a la víctima del hecho ilícito a dirigir su acción contra el responsable directo del hecho ilícito, como así también contra quien se encuentre obligado a responder en forma indirecta por el daño ocasionado. Esta disposición es análoga a lo dispuesto en el artículo 1122 del código derogado.

A fin de clarificar la cuestión, es necesario tener en cuenta que será el responsable directo el que haya incumplido la obligación, u ocasionado el daño injustificado por acción u omisión, en los términos del artículo 1749 del Código, a cuyo comentario se remite. Por el contrario, serán responsables indirectos quienes, sin ser autores del menoscabo, se encuentren obligados a resarcir civilmente el daño ocasionado. De esta forma, quedan comprendidos en el ámbito de esta norma el principal que debe responder por el hecho de su dependiente (art. 1753), los padres por el hecho de sus hijos (art. 1754), y los tutores y curadores por el hecho de quienes se encuentren a su cargo (art. 1756).

El damnificado podrá demandar al sujeto responsable indirecto, sin necesidad de traer a juicio al autor⁶⁰⁴. Sin embargo, esta disposición

⁶⁰⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., 2000, t. 3B, p. 166.

no impide que, a su vez, la víctima inicie y prosiga la acción sólo contra quien, en los hechos, ocasionó el perjuicio, pues la responsabilidad refleja no sustituye la directa, sino que se acumula a ella. En consecuencia, la renuncia a la acción contra el civilmente responsable no impide la prosecución de la demanda contra el autor directo, ni viceversa⁶⁰⁵.

El artículo 1773 constituye una evolución respecto de lo previsto en el artículo 1122 antes citado, pues en este último se mencionaba únicamente a los hechos ocasionados por los "dependientes" o "domésticos", mientras que la reforma -acogiendo la interpretación amplia dada por la doctrina al artículo 1122-, al no distinguir ningún supuesto en particular, resulta aplicable a todos los casos de responsabilidades indirectas por el hecho de otro⁶⁰⁶.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que resulta de aplicación, en el caso, la regla establecida en el artículo 1751 del Código, por tratarse de un supuesto en que existe pluralidad de responsables. En consecuencia, toda vez que la obligación del autor directo y la del responsable indirecto encuentran su fuente en causas distintas, se aplicarán las reglas de las obligaciones concurrentes, de forma tal que, para poder ejercer una acción de contribución contra el autor del hecho dañoso, el responsable indirecto deberá fundarla en las relaciones causales que originaron la concurrencia (art. 851, inc. h, del Código)⁶⁰⁷.

IV) Significado de la reforma

La norma en análisis implica una evolución respecto de lo regu-

⁶⁰⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, p. 663.

⁶⁰⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 663; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 167.

⁶⁰⁷ Más allá de ello, no debe perderse de vista que, aun antes de la reforma, la doctrina se encontraba conteste en cuanto a que las obligaciones del responsable directo y del indirecto eran concurrentes, pues la causa fuente de ambos deberes de responder es distinta (KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 662; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., p. 167; TRIGO REPRESAS, Félix A., *La acción recursoria del dueño contra el guardián causante de un daño*, en L. L. 1989-B-331).

lado por el artículo 1122 del código derogado, y adopta expresamente la interpretación amplia dada por la doctrina a esta última disposición.

SECCIÓN 11ª

ACCIONES CIVIL Y PENAL

Art. 1774 Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.

I) Resumen

La disposición en comentario establece el principio de independencia sustancial de las acciones penal y civil que nacen del mismo hecho ilícito, y consagra que, como principio general, el damnificado se encuentra facultado para promover ambas acciones ante la jurisdicción penal o, por el contrario, promover en sede civil la acción dirigida a obtener el resarcimiento del perjuicio que le fue ocasionado.

II) Concordancias

Antijuridicidad (arts. 1716 y ss.); eximentes de la ilicitud (arts. 1718, 1719 y concs.); factores de atribución (arts. 1721 y ss.); daño resarcible (arts. 1737 y ss.); responsabilidad directa (arts. 1749 y ss.); responsabilidad por el hecho de terceros (arts. 1753 y ss.). Código Penal, indemnización de daños y perjuicios en la sentencia condenatoria penal (art. 29).

III) Interpretación de la norma

Cuando un acto ilícito civil, a su vez, encuadra en alguno de los tipos represivos legalmente contemplados, nacen del mismo hecho dos

acciones: una penal (pública, privada o dependiente de instancia privada) y otra civil, eminentemente resarcitoria, y enderezada a resarcir los perjuicios ocasionados por el hecho a la víctima⁶⁰⁸.

El artículo 1774 del Código, al igual que el artículo 1096 del código derogado, consagra el principio de independencia entre estas dos acciones, es decir, la civil y la criminal, cuando ambas emergen del mismo hecho ilícito⁶⁰⁹. Sin embargo, la norma en análisis soluciona los diversos problemas de interpretación que generaba el artículo citado en último término, en cuanto al alcance de dicha independencia, a la luz de lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal.

En efecto, en la disposición derogada no resultaba claro si el ordenamiento consagraba la total independencia de las acciones, de forma tal que el damnificado debía recurrir a la jurisdicción civil obligatoriamente para perseguir el resarcimiento del daño que le había sido ocasionado, o si, por el contrario, lo que era consagrado por el artículo 1096 ya citado era la independencia "sustancial" de dichos procesos, quedando facultado el demandado para introducir ambos en la jurisdicción penal, sin perjuicio de la normativa aplicable en cada caso.

El artículo 1774 viene a zanjar dicha discusión, y establece la independencia sustancial, mas no adjetiva, de ambos procesos. De esta forma, y desde un punto de vista procedimental, el interesado podrá acumular ambos procesos en sede penal, peticionando al magistrado de esa jurisdicción que establezca la indemnización que considere pertinente. A su vez, y si así lo prefiere, podrá promover las dos acciones en forma autónoma, ante las dos jurisdicciones antes referidas⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ SAUX, Edgardo, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 3A, ps. 302 y ss.

⁶⁰⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), ob. cit., t. 3A, ps. 288 y ss.

⁶¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit., 1994, t. 5, ps. 284 y ss.

La autonomía entre ambas acciones, entonces, es conceptual, y se sustenta en el diverso régimen jurídico aplicable⁶¹¹.

Igualmente, el artículo 1774 deja a salvo la posibilidad de que los ordenamientos procesales locales prevean una solución distinta. Ello es así a fin de evitar que el ordenamiento sustantivo afecte atribuciones que son exclusivas de los gobiernos provinciales, en particular, las referidas a la competencia y al procedimiento aplicable⁶¹².

IV) Significado de la reforma

El artículo en análisis consagra el principio de independencia de las acciones civil y penal que emergen del mismo hecho ilícito, y soluciona los diversos problemas de interpretación que generaba el artículo 1096 del código derogado, en cuanto al alcance de dicha independencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal.

Art. 1775 *Suspensión del dictado de la sentencia civil.* Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a) si median causas de extinción de la acción penal;
- b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;
- c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.

I) Resumen

El artículo en comentario consagra la prejudicialidad penal sobre la civil, de forma tal que, salvo las excepciones expresamente previstas en el artículo 1775, la promoción de la acción penal, aun cuando haya

⁶¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...* cit., 1997, p. 583.

⁶¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 284.

sido iniciada una vez en trámite el proceso civil, producirá la suspensión del dictado de la sentencia en esta última sede, hasta tanto exista un pronunciamiento definitivo en la sede punitiva.

II) Concordancias

Independencia de las acciones civil y penal (art. 1774); efectos de la condena penal (art. 1776); cosa juzgada en sede penal en cuanto a la inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal (art. 1777); inaplicabilidad de las excusas absolutorias (art. 1778); impedimento de la reparación del daño (art. 1779); sentencia penal posterior (art. 1780); factores de atribución objetivos y subjetivos (arts. 1721/1724); responsabilidad directa (arts. 1749 y ss.); responsabilidad por el hecho de terceros (arts. 1753 y ss.); responsabilidad derivada de la intervención de cosas y actividades peligrosas (arts. 1757 y ss.). Código Penal, extinción de la acción penal (arts. 59 y ss.).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1774 del Código consagra la independencia de las acciones civil y penal, cuando ambas son promovidas por la producción del mismo hecho ilícito. Partiendo de ese principio, y en el caso de que cada acción sea deducida en la jurisdicción correspondiente, surge el riesgo del dictado de sentencias contradictorias, con la consecuente afectación de la seguridad jurídica. En efecto, puede ocurrir –por ejemplo– que el sentenciante civil tenga por cierto el hecho que, en sede penal, sea reputado como inexistente⁶¹³.

Es por ello que el artículo 1775 del Código –en sentido análogo al principio consagrado en el artículo 1101 del código derogado, aunque con modificaciones– consagra el principio de la prejudicialidad penal sobre la civil, de forma tal que no podrá dictarse sentencia en esta última sede hasta tanto no haya recaído un pronunciamiento definitivo en la sede punitiva.

⁶¹³ SAUX, ob. cit., ps. 303 y ss.

III.1) *Presupuestos*

La primera cuestión a tener en cuenta es que, como lo ha sostenido unánimemente la doctrina en la interpretación del artículo 1101 del código derogado, la suspensión se refiere a la sentencia, pero no al trámite del proceso civil. De esta forma, aun no existiendo decisión definitiva en sede penal el proceso civil podrá continuar su trámite, y la suspensión se producirá únicamente en ocasión de dictarse el llamado de autos a sentencia⁶¹⁴.

Sentado ello, cabe señalar que, para que proceda la suspensión prevista en el artículo 1775, deben cumplirse diversos requisitos o presupuestos. En primer lugar, debe existir una acción penal en curso, en sede judicial. En este sentido, no basta la amenaza de que se realizará una denuncia penal para que se suspenda el dictado de la sentencia en sede civil⁶¹⁵.

En segundo término, es preciso que ambas acciones nazcan del mismo hecho, pues si surgieran de hechos distintos, la sentencia dictada en lo penal no tendría influencia alguna sobre el juicio civil. Aun tratándose del mismo evento debatido, resta por determinar en qué supuestos resulta aplicable la normativa en análisis, y la doctrina se inclina por considerar que, en principio, no debe extenderse el ámbito de la prejudicialidad más allá del estricto campo de la reparación civil de los daños y perjuicios ocasionados por el ilícito aquiliano, y con el solo fin de evitar sentencias contradictorias sobre el mismo hecho⁶¹⁶. Sin embargo, incluso adoptando esta postura restrictiva, lo cierto es que muchas veces puede ocurrir que sea necesario suspender el dictado de la sentencia en sede civil, laboral o comercial, aun en supuestos distintos al antes indicado, si existen riesgos de que se produzca una seria afectación a la seguridad jurídica⁶¹⁷.

Es preciso tener en cuenta que, salvo las excepciones previstas en el artículo en comentario, a las cuales luego se hará referencia,

⁶¹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., ps. 590 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 302; SAUX, ob. cit., p. 305; SCJBA, 17-10-95, "Ramos, Herme-gildo y otro c/Teve, Víctor I. y otra", L. L. Online.

⁶¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 298.

⁶¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 300.

⁶¹⁷ SAUX, ob. cit., p. 310.

debe existir una sentencia penal definitiva para que cese la suspensión. Por su parte, también en el caso de que recaiga en la sede punitiva un sobreseimiento provisional, dicha decisión será suficiente para que se levante la suspensión en el reclamo por daños y perjuicios⁶¹⁸.

Finalmente, no debe perderse de vista que la suspensión será aplicable aun cuando la acción civil no se dirija contra aquel a quien se imputa el delito en sede penal. Es decir que la suspensión opera tanto cuando el proceso de daños se dirige contra el autor directo como cuando se promueve contra otro individuo civilmente responsable (v. gr., contra el principal, art. 1753)⁶¹⁹.

III.2) *Excepciones*

El artículo 1775 enumera tres supuestos de excepción a la suspensión de la acción civil por la prosecución de la acción punitiva:

1) *La extinción de la acción penal*. En primer lugar, la disposición en comentario prevé como excepción que, en caso de que medie alguna de las causas de extinción de la acción penal, no procederá la suspensión del dictado de la sentencia en sede civil.

De esta forma, el Código evoluciona respecto del único supuesto de extinción contemplado en el artículo 1101 del código derogado (fallecimiento del imputado), e incluye, en concordancia con la opinión de la doctrina nacional, todos los supuestos de extinción de la acción penal. Ellos son, además del antes enunciado, la amnistía, la prescripción, y la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada (art. 59 del Cód. Pen.)⁶²⁰.

También resultará inaplicable la suspensión del dictado de la sentencia en sede civil cuando se produzca la suspensión del juicio a prueba en la jurisdicción penal, en especial por la expresa previsión del artículo 76 quáter del Código Penal.

2) *Dilación excesiva del procedimiento penal*. Con anterioridad

⁶¹⁸ CNCiv., en pleno, 24-11-1924, "Camps de Piano, E. c/Toscano, A.", L. L. Online.

⁶¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 301.

⁶²⁰ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 591.

a la reforma del Código, la doctrina argentina se encontraba conteste en que, pese a que no estaba contemplado en el artículo 1101 del código derogado, resulta procedente proseguir con el litigio civil cuando exista una demora injustificada en la tramitación del proceso penal⁶²¹. Por su parte, la jurisprudencia ha admitido la excepción sustentada en la dilación injustificada del litigio punitivo en diversos supuestos⁶²². En particular, el máximo tribunal nacional estableció, en el *leading case* "Ataka", que si existen demoras injustificadas en la tramitación del proceso penal, la suspensión de la decisión en sede comercial ocasiona un agravio irreparable al derecho de defensa⁶²³.

Es por ello que el Código incorpora, en el segundo inciso del artículo en comentario, la excepción en análisis, que no se encuentra circunscripta al supuesto previsto en el artículo 1101, inciso 2° del código derogado, sino a todos aquellos casos en que exista una dilación irrazonablemente prolongada del proceso penal, generándose de esta forma una verdadera denegación de justicia⁶²⁴.

Obviamente, la valoración de esta salvedad al principio general de la suspensión del dictado de la decisión definitiva en sede civil constituye una cuestión de hecho que el juez de la jurisdicción citada en último término deberá valorar en cada caso en particular, para evitar la dilación *sine die* del litigio, y teniendo en cuenta las posibilidades

⁶²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 303; SAUX, ob. cit., p. 307; CESANO, José D., en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., 2011, t. VI, ps. 820 y ss.; PIZARRO, Ramón Daniel, *La responsabilidad civil por riesgo creado en el proceso penal*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 432.

⁶²² CNCiv., sala A, 19-9-2002, "Basualdo, Juan C. y otro c/Almirón, Orlando A. y otros", L. L. 2003-A-549; CNCCom., sala C, 6-8-2010, "Kufert, Horacio León c/Beraja, Rubén Ezra y otros", L. L. Online; sala E, 4-8-2005, "Cuatro Vientos SA c/González Venzano, Alberto H. y otro", R. C. y S. 2005-1331; TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 8-6-2009, "Sanmartino, Javier Cematti SAJyC c/Lizzi, Jorge Osvaldo", L. L. Online.

⁶²³ CSJN, 20-11-73, "Ataka Co. Ltda. c/González, Ricardo y otros", R. C. y S. 2004-1397.

⁶²⁴ CESANO, en ob. cit., p. 820.

ciertas de que la paralización quede sin efecto próximamente, o la actividad procesal desarrollada por el litigante, etcétera⁶²⁵.

3) *La aplicación de un factor objetivo de atribución en el caso.* Finalmente, tampoco resultará procedente la suspensión del proceso civil en aquellos supuestos en que esta acción se encuentre fundada en factores objetivos de atribución. Esta excepción encuentra su fundamento en el hecho de que, dejándose al margen la posibilidad de que la condena civil recaiga con relación a la culpa o no del demandado, entonces se aleja el riesgo del dictado de sentencias contradictorias en ambas jurisdicciones, y se adecua a la regla de la independencia de las acciones consagrada en el artículo 1774 del Código⁶²⁶.

En este sentido, cabe tener en cuenta que si bien la existencia de culpa del condenado no podrá ser reputada en sede civil cuando haya sido considerada inexistente en la sede punitiva, ello no obsta a la procedencia de la condena en el juicio de daños si la responsabilidad que se le imputa al demandado se sustenta en un factor objetivo de atribución, como ocurriría, por ejemplo, si se lo pretende responsabilizar como dueño o guardián de una cosa viciosa o riesgosa (art. 1757 de Código). Sobre esta cuestión, cabe remitirse al comentario al artículo 1777 del Código.

Por otra parte, puede ocurrir igualmente que exista el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias, por ejemplo, si el juez penal, en una decisión posterior, considera que el hecho no ocurrió, o que la cosa de la cual es dueño o guardián el condenado en sede civil no participó en el hecho. Por ello el artículo 1780 prevé, entre los supuestos de revisión de la acción civil, aquel en el cual ocurre dicha circunstancia, a fin de readecuar la decisión a la nueva situación planteada.

IV) Significado de la reforma

El artículo en comentario innova en cuanto a los supuestos en que no procede la suspensión del juicio civil por la existencia de una acción

⁶²⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 303.

⁶²⁶ SAUX, ob. cit., p. 314.

penal subsistente. En primer lugar, pues prevé que la suspensión de la decisión civil quedará sin efecto cuando se extinga el proceso penal, cualquiera sea el supuesto de finalización de este último juicio. En segundo término, consagra un caso que, si bien era admitido por la doctrina, no se encontraba contemplado en el artículo 1101 del código derogado: la dilación excesiva del proceso penal. Finalmente, establece expresamente que continuará el trámite del litigio civil cuando el deber de resarcir se funde en un factor objetivo de responsabilidad, toda vez que, en este caso, el hecho de que la conducta del agente sea o no reprochable subjetivamente será irrelevante a los fines de que nazca la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado al damnificado.

Art. 1776 *Condena penal.* La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.

D) Resumen

El artículo en comentario establece los efectos de la prejudicialidad penal en sede civil, en cuanto a la existencia del hecho principal en debate y a la culpa del condenado. El fin perseguido es, teniendo en cuenta la independencia que rige a ambas acciones —de conformidad con el principio general establecido en el artículo 1774, a cuyo comentario se remite—, evitar el dictado de sentencias contradictorias en ambas sedes, con el escándalo jurídico a que ello conduciría⁶²⁷.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); factores de atribución (art. 1721); factores subjetivos (art. 1724); valoración de la conducta (art. 1725); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); responsabilidad directa (arts. 1749 y ss.); responsabilidad por el hecho de terceros (arts. 1753 y ss.); responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (arts. 1757 y ss.); independen-

⁶²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 594.

cia de las acciones civil y penal (art. 1774); suspensión del dictado de la sentencia civil (art. 1775); inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal (art. 1777); excusas absolutorias (art. 1778).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1776 del Código, al igual que el artículo 1102 del código derogado, mantiene un criterio ecléctico en cuanto a los efectos de la cosa juzgada penal en sede civil. Conforme a su texto, el fallo penal hará cosa juzgada únicamente en cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el delito, y en cuanto a la culpa del condenado. De esta forma, no todas las manifestaciones vertidas por el magistrado que entiende en la causa penal tendrán relevancia en el proceso de daños, sino únicamente aquellas vinculadas con la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor⁶²⁸. Corresponde ingresar entonces en el análisis de los supuestos enumerados por la norma en comentario.

III.1) *La existencia del "hecho principal"*

Cuando la norma en análisis se refiere a que la sentencia penal hará cosa juzgada en cuanto a la existencia del hecho principal, establece que dicha decisión no podrá ser revisada en sede civil respecto de la denominada imputación objetiva, es decir, sobre la materialidad del hecho, su autoría, tipicidad y antijuridicidad. Sin embargo, no debe dejarse de lado que la autoridad de la sentencia penal se encuentra restringida a aquellas disposiciones que resulten indispensables para determinar la solución del problema penal. Así, los hechos que sean tenidos por ciertos por el magistrado de dicha jurisdicción, pero de los cuales podría haber prescindido a fin de determinar la responsabilidad penal del autor, no quedan comprendidos en el artículo 1776 del Código⁶²⁹.

⁶²⁸ SAUX, ob. cit., ps. 316 y ss.

⁶²⁹ TOBIÁS, José W., *Las causas de justificación en la sentencia penal y su influencia en el proceso civil*, en L. L. 1992-E-393; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., ps. 305 y ss.

Las consecuencias de esta última afirmación son amplias. Ello así pues, en primer término, la influencia de la decisión adoptada en sede penal no afectará a la relación de causalidad y al daño en aquellos procesos en que se trate de una acción promovida por la existencia de un delito formal (es decir que no integra al daño en su tipología)⁶³⁰. Distinta será la solución, por supuesto, cuando nos encontremos ante un delito en sentido material (que requiere la consumación de la privación del bien material para que se configure el tipo penal), en cuyo caso la decisión adoptada en la sede punitiva tendrá plenos efectos en el proceso civil.

En segundo lugar, y aun cuando nos encontremos ante una decisión penal que recaiga respecto de un delito en sentido material, la sentencia allí dictada no será vinculante en la acción de daños en cuanto a la fijación y cuantía del perjuicio, pues su determinación es innecesaria a los fines de la comprobación del delito⁶³¹. Sin perjuicio de que éste es el principio general, debe realizarse la salvedad de aquellos casos en que la cuantía de la indemnización o, mejor dicho, la entidad del perjuicio desde un punto de vista material, son relevantes para tipificar el delito (como ocurre, por ejemplo, cuando deben calificarse las lesiones entre graves o leves). En estos supuestos la decisión penal vinculará al juez civil también en este aspecto⁶³².

III.2) *La culpa del condenado*

El texto de la norma en comentario es claro en cuanto a que la condena penal que declara la culpa del condenado no puede ser controvertida en sede civil, de forma tal que el juzgador en esta última sede no podrá prescindir de este elemento subjetivo a fin de determinar el factor de atribución⁶³³. Esta previsión, a su vez, incluye la eventualidad de que en sede penal se haya considerado que el autor actuó dolosamente, lo cual también hará cosa juzgada en el proceso civil⁶³⁴.

⁶³⁰ SAUX, ob. cit., p. 320.

⁶³¹ TOBIÁS, ob. cit.; SAUX, ob. cit., p. 320.

⁶³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 309; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Relación entre la sentencia penal y la sentencia civil*, en L. L. 1990-D-55.

⁶³³ SAUX, ob. cit., p. 318.

⁶³⁴ TOBIÁS, ob. cit.

Sin embargo, es preciso —a fin de interpretar la disposición— realizar algunas aclaraciones al respecto. En primer lugar, y como es sabido, ni el ordenamiento penal ni el civil admiten la graduación *in abstracto* de la culpa. Es por ello que toda afirmación que haya realizado el magistrado en sede penal al respecto carecerá de relevancia a los efectos de la condena civil⁶³⁵.

En segundo término, reviste particular relevancia determinar cuál será la influencia de la decisión penal en cuanto a la culpa en que haya incurrido la víctima del hecho ilícito. Sobre esta cuestión, es dable tener en cuenta que la decisión que se adopta en la sede punitiva se vincula con la conducta subjetivamente reprochable de quien ha ocasionado el daño, pero no incluye —al menos en principio— una valoración del accionar de la víctima. Es por ello que las manifestaciones que haya vertido el magistrado penal al respecto no impedirán al demandado en el litigio civil invocar el hecho concurrente del dañado, en los términos del artículo 1729 del Código. Poca duda cabe de que, si el sentenciante penal no se expidió sobre la existencia del hecho de la víctima, se encuentra libre la vía para reabrir el debate sobre esta cuestión en la sede civil, pero distinta será la situación si la sentencia penal expresamente desecha la existencia de dicho extremo.

La solución de esta problemática se encuentra en el principio general antes enunciado, referido a la relevancia de los hechos relevados en sede penal a los fines de la tipificación de la conducta del agente. Así, si la consideración o desestimación del hecho de la víctima es indiferente a los fines de la calificación del delito, su invocación podrá ser desechada en sede civil. Por el contrario, si la evaluación del comportamiento de la víctima es indispensable para la calificación del hecho del victimario, será vinculante para el juez civil, quien no se podrá apartar entonces de la decisión adoptada al respecto⁶³⁶.

III.3) *Efectos de la cosa juzgada respecto del tercero civilmente demandado*

Los efectos de la sentencia adoptada en sede penal no se restringen

⁶³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 308.

⁶³⁶ TOBIÁS, ob. cit.

únicamente al condenado en dicha jurisdicción, sino que aquélla tiene incidencia también respecto del tercero civilmente responsable, quien no podrá discutir ni la existencia del hecho principal ni la culpa del autor⁶³⁷.

Las defensas con que contará el tercero, en consecuencia, serán solamente aquellas que se vinculen con su responsabilidad indirecta con relación al autor material del hecho, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1753 y siguientes del Código⁶³⁸.

IV) Significado de la reforma

La disposición en análisis circunscribe los aspectos en los cuales la sentencia penal condenatoria hará cosa juzgada en la jurisdicción civil, y no podrán ser revisados en esta última sede.

Art. 1777 *Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal.* Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil.

Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

I) Resumen

Mientras que el artículo 1776, a cuyo comentario cabe remitir, prevé los efectos de la cosa juzgada en sede penal en el caso de que se condene al imputado, la disposición en comentario se ocupa de las consecuencias de la decisión adoptada en la sede punitiva en caso de que se decida su absolución. Así, establece que no podrá discutirse en sede civil la existencia material del hecho cuando éste haya sido reputado inexistente en sede penal, como así también en los casos en que se haya arribado a la conclusión de que el imputado no participó

⁶³⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 310.

⁶³⁸ SAUX, ob. cit., p. 322; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 595.

en el hecho. Por el contrario, la decisión que no funda la absolución en la inexistencia del hecho no tendrá efectos en la jurisdicción civil, donde podrá reabrirse la discusión relativa a la responsabilidad por daños del victimario.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); asunción de riesgos (art. 1719); factores de atribución (art. 1721); factor objetivo (art. 1722); factores subjetivos (art. 1724); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730). Código Penal, causales de justificación en la órbita penal (art. 34).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1777 en comentario se refiere a los efectos de la absolución penal respecto de la sentencia civil. Siguiendo el texto de la disposición, distinta será la solución si la decisión en sede penal se sustenta en la inexistencia del hecho, o en la falta de participación en él del imputado, de los supuestos en que la absolución encuentre su sustento en otros extremos, como, por ejemplo, cuando el suceso no encuadre en ninguna de las figuras previstas por el ordenamiento penal.

III.1) *La materialidad del hecho y la participación del imputado*

Como sucede en el caso en que el imputado es condenado, la sentencia penal hará cosa juzgada en cuanto a la existencia del hecho principal. Por ende, si la acción penal es desestimada porque el hecho no ocurrió, este extremo no podrá ser discutido nuevamente en sede civil, pues ello implicaría volver sobre el análisis de una cuestión que ya ha sido juzgada⁶³⁹.

Lo mismo sucede, conforme a lo expresamente previsto en la norma

⁶³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., ps. 311 y ss.

en análisis, si se afirma en sede penal que el absuelto no intervino en el hecho que se le imputa. Pero esto último no implica analizar la culpabilidad del autor material, sino la propia existencia del hecho desde un punto de vista subjetivo⁶⁴⁰.

Por su parte, tendrá los efectos de la cosa juzgada en sede civil la decisión absolutoria que se funda en la falta de autoría por aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues es una hipótesis de inexistencia del hecho⁶⁴¹.

Sin embargo, si la sentencia penal encuentra su fundamento en la falta de pruebas incriminatorias, dicha absolución no resultará vinculante para el juzgador civil, quien incluso se encontrará facultado para analizar y producir otros medios de prueba a fin de dilucidar la verdad jurídica objetiva del caso⁶⁴².

III.2) *La inexistencia de delito o de responsabilidad penal*

Al contrario de lo que ocurre en los casos antes enunciados, es decir, cuando la decisión absolutoria se funda en la inexistencia del hecho o en la falta de participación del imputado en él, la decisión que se sustente en la inexistencia del delito penal, o en la falta de responsabilidad penal del agente, no producirá los efectos de la cosa juzgada en sede civil.

La solución adoptada en la norma en análisis encuentra su sustento en que la circunstancia de que el hecho no encuadre en alguno de los tipos previstos por el ordenamiento penal no obsta a que, en sede civil, se considere responsable al autor. Y ello es así porque ciertas conductas que son insuficientes para fundar la culpa desde el aspecto penal son, en cambio, adecuadas para determinar la negligencia civil del agente⁶⁴³.

Asimismo, no debe perderse de vista que la antijuridicidad civil, a diferencia de la penal, es atípica, de conformidad con lo expresamente

⁶⁴⁰ SAUX, ob. cit., p. 328.

⁶⁴¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 312; SAUX, ob. cit., ps. 330 y ss.

⁶⁴² SAUX, ob. cit., p. 332.

⁶⁴³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 315.

dispuesto por el artículo 1717 del Código, a cuyo comentario cabe remitir. Puede ocurrir entonces que el magistrado penal considere que no existe un delito penal, y el civil acoja la demanda porque el hecho es un ilícito civil⁶⁴⁴.

III.3) *La influencia de la sentencia penal en cuanto a las causas de justificación*

Puede suceder que la absolución del acusado, amén de los supuestos antes enunciados, se sustente en la existencia de alguna de las causales de justificación enumeradas en el artículo 34 del Código Penal, como, por ejemplo, la legítima defensa. En estos casos, y toda vez que la ilicitud es la misma para todo el ordenamiento jurídico, poca duda cabe en cuanto a que la decisión que al respecto recaiga en la sede punitiva tendrá los efectos de la cosa juzgada en sede civil, y no podrá reingresarse en el análisis de la cuestión⁶⁴⁵.

Sin embargo, aun en estos casos puede ocurrir que el juez considere pertinente otorgar al damnificado una indemnización por razones de equidad, como lo disponen los artículos 1718 y 1719 del Código.

III.4) *Efectos del sobreseimiento*

En los supuestos en que se haya sobreseído al imputado, debe diferenciarse según los fundamentos que sustentan dicha decisión. Si la resolución del juzgador penal se sustenta en que se encuentra acreditado que el hecho no se cometió, o que no lo realizó el imputado, el magistrado civil no podrá abstenerse de considerar dicha solución a fin de resolver la cuestión. Por el contrario, si el sobreseimiento se fundamenta en otras razones (v. gr., prescripción de la acción penal), el magistrado que intervenga en el proceso de daños quedará en absoluta libertad para decidir sobre las cuestiones que se le plantean⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 312.

⁶⁴⁵ TOBIAS, ob. cit.

⁶⁴⁶ SAUX, ob. cit., p. 335.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1777 del Código establece los efectos de la sentencia penal en sede civil, cuando en la sede punitiva se decida la absolución del imputado. De esta manera, se consagra —con mayor claridad de lo que ocurría con el artículo 1103 del código derogado— que no podrá discutirse en el ámbito civil la existencia material del hecho, como así tampoco la participación del sindicado como responsable. Sin embargo, si la decisión penal no se funda en la inexistencia del hecho, no tendrá efectos en la jurisdicción civil.

Art. 1778 Excusas absolutorias. Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario.

I) Resumen

La disposición en comentario excluye la posibilidad de que el demandado en sede civil invoque la existencia de una excusa absolutoria para eximirse de reparar el daño ocasionado.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); independencia de las acciones civil y penal (art. 1774); suspensión del dictado de la sentencia civil (art. 1775); inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad (art. 1777). Código Penal, excusas absolutorias en los delitos contra el honor (arts. 115, 116 y 117); excusas absolutorias en los delitos contra la propiedad (art. 185).

III) Interpretación de la norma

Las excusas absolutorias son determinados supuestos en los cuales el ordenamiento penal, pese encontrarse configurados los presupuestos del tipo, considera pertinente eximir de punibilidad⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., ps. 248 y ss.

Las primeras de ellas se encuentran contempladas en los artículos 115, 116 y 117 del Código Penal, en cuanto a los delitos cometidos contra el honor. Así, las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores en el marco del proceso, siempre que no hayan sido dadas a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias que correspondan (art. 115 del Cód. Pen.). A su vez, el juez podrá eximir de pena a las dos partes o a alguna de ellas, cuando las injurias fueren recíprocas (art. 116). Finalmente, el ordenamiento penal prevé que quedará exento de pena el culpable de injurias o calumnias cuando se retracte públicamente, con anterioridad a contestar la querrela o en el acto de hacerlo (art. 117).

Como se advierte, en todos estos supuestos los presupuestos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución) se encuentran presentes, por lo que, a la luz de lo dispuesto por la disposición en cuestión, no existen razones para que el magistrado civil no proceda al resarcimiento de los daños que hayan sido ocasionados a la víctima⁶⁴⁸.

Lo mismo ocurre cuando, en materia de delitos contra la propiedad, el artículo 185 del Código Penal establece que se encuentran exentos de responsabilidad los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; el consorte viudo, respecto de las cosas que pertenecían al difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otros, y los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. En este aspecto el propio ordenamiento penal, en el artículo citado en último término, establece que la eximición penal no excluye la eventual condena civil, pues se encuentran presentes los presupuestos del deber de indemnizar antes aludidos⁶⁴⁹. Es que el fundamento de esta exclusión en sede penal, sustentada en la inexistencia del procedimiento penal entre parientes, no impide a la víctima del hecho ilícito alcanzar la indemnización de los daños que le hayan sido ocasionados⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 250.

⁶⁴⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1973, t. IV, p. 164; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, Lerner, Buenos Aires, 1959, t. V, ps. 550 y ss.

⁶⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 279.

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio despeja todo manto de duda en cuanto a que el sindicato como responsable no podrá invocar las excusas absolutorias previstas en el ordenamiento penal para eximirse de responder.

Art. 1779 Impedimento de reparación del daño. Impiden la reparación del daño:

- a) la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso;
- b) en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo.

I) Resumen

La disposición en comentario regula dos supuestos en los cuales no resulta procedente otorgar una indemnización a quien acciona por los daños y perjuicios que le habrían sido ocasionados. En primer lugar, la norma se refiere a un supuesto específico de responsabilidad (la acusación calumniosa), determinando que no procederá la indemnización de comprobarse la veracidad del hecho que motivó la denuncia. En segundo término, se excluye la indemnización en los supuestos en que el damnificado indirecto del daño haya sido coautor o cómplice, o no haya evitado la producción del perjuicio.

II) Concordancias

Pluralidad de responsables (art. 1751); acusación calumniosa (art. 1771).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1779 del Código se refiere a dos supuestos en que resulta improcedente otorgar una indemnización a quien promovió la acción de daños y perjuicios: a) la prueba de la veracidad de los hechos que fueron objeto de la denuncia que se imputa calumniosa, y b) la intervención del damnificado indirecto como coautor o cómplice del

delito contra la vida, o en aquellos supuestos en que, pese a poder evitarlo, aquél no lo haya hecho. Se analizarán ambos supuestos en forma independiente.

III.1) La veracidad de los hechos imputados en la denuncia reputada calumniosa

Para que la denuncia pueda ser considerada calumniosa es preciso que sea falsa o mentirosa, ya sea porque el delito no fue cometido, o porque el imputado no ha participado en él⁶⁵¹. Es por ello que el artículo en comentario faculta al demandado civilmente por la denuncia calumniosa a probar la veracidad del hecho imputado, a fin de obtener el rechazo de la demanda.

Cabe tener en cuenta, al respecto, que no es preciso que la conducta sea declarada calumniosa en sede penal con anterioridad al dictado de la sentencia civil. Es decir, no es un presupuesto para el dictado de la sentencia que condena a resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, sí será necesario que el juez penal se expida sobre la veracidad de los hechos que fundan la denuncia originaria, pues la absolución o el sobreseimiento del imputado constituye un elemento esencial, constitutivo del derecho a ser indemnizado⁶⁵².

Por otra parte, aun mediando absolución o sobreseimiento, ello no será suficiente para que resulte procedente la acción civil por la denuncia calumniosa realizada, pues dicha absolución puede fundarse, por ejemplo, en la prescripción de la acción penal, supuesto en el cual resultará preciso acreditar en el litigio civil la veracidad o no de los hechos imputados por el demandado.

III.2) Los damnificados indirectos como autores o cómplices del ilícito

En su segundo apartado el artículo 1779 contempla una excepción al principio de reparación integral de los damnificados indirectos del hecho ilícito, que en el código derogado se encontraba regulada en

⁶⁵¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., ps. 257 y ss.

⁶⁵² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), ob. cit., ps. 282 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit, p. 257.

el artículo 1085 *in fine*, aunque limitada –según su texto– al cónyuge sobreviviente y a los herederos necesarios del muerto. Por el contrario, el Código no establece diferencias entre los distintos damnificados indirectos, lo cual resulta acorde con la postura sustentada por la doctrina, que consideraba que no existen razones para dicha limitación⁶⁵³.

De esta forma, todo aquel que haya intervenido en carácter de coautor o cómplice del hecho ilícito contra la vida de la víctima, o aquel que, pudiendo evitar el daño, no haya intervenido –incurriendo, por lo tanto, en culpa por abstención⁶⁵⁴–, se encontrará impedido de reclamar la indemnización que eventualmente le corresponda⁶⁵⁵.

IV) Significado de la reforma

La disposición en análisis consagra dos supuestos en los cuales no será posible reclamar el resarcimiento del daño ocasionado. En primer lugar, y en cuanto al daño ocasionado por una acusación calumniosa, este último no será resarcible de comprobarse la veracidad de la denuncia efectuada.

Asimismo, tampoco procederá la reparación cuando quien la reclame haya participado como coautor o cómplice del perjuicio causado al damnificado directo.

Art. 1780 *Sentencia penal posterior.* La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:

- a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;

⁶⁵³ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., 2012, t. IV-A, p. 60; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 204.

⁶⁵⁴ LLAMBÍAS, ob. cit., p. 61.

⁶⁵⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 204.

- b) en el caso previsto en el artículo 1775, inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;
- c) otros casos previstos por la ley.

I) Resumen

La norma en comentario consagra, como principio general, la ineficacia de la sentencia penal posterior sobre la civil. Sin embargo, prevé, para los supuestos allí enumerados, la posibilidad de que se promueva una acción de revisión de la decisión adoptada en el juicio de daños y perjuicios.

II) Concordancias

Antijuridicidad (art. 1717); factores de atribución (art. 1721); factores subjetivos (art. 1724); valoración de la conducta (art. 1725); relación causal (art. 1726); hecho del damnificado (art. 1729); responsabilidad directa (arts. 1749 y ss.); responsabilidad por el hecho de terceros (arts. 1753 y ss.); responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (arts. 1757 y ss.); independencia de las acciones civil y penal (art. 1774); suspensión del dictado de la sentencia civil (art. 1775); inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal (art. 1777); excusas absolutorias (art. 1778).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El principio general de inmutabilidad de la decisión civil anterior*

El artículo 1780 del Código consagra el principio de mantenimiento de la cosa juzgada en sede civil en los casos en que, con posterioridad al dictado de la sentencia, se discuta en la jurisdicción punitiva sobre la producción o no del mismo hecho⁶⁵⁶. En estos su-

⁶⁵⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., ps. 324 y ss.

puestos se prevé, como basamento general, que la decisión adoptada en sede civil se mantiene inmutable⁶⁵⁷.

El artículo 1106 del código derogado también contenía esta regla, al establecer que la cosa juzgada civil conserva todos sus efectos amén de la decisión penal posterior. La evolución de la figura en el Código actual surge por las excepciones a dicho principio contempladas en el artículo 1780, y que encuentran su fundamento en diversas razones, que se mencionarán en el próximo apartado.

III.2) *Las excepciones al principio de inmutabilidad. El recurso de revisión*

La disposición en comentario, amén del principio general antes mencionado, consagra un recurso de revisión hasta ahora inexistente en el proceso civil, y que tiene por objeto, en los casos allí previstos, la reevaluación de la decisión adoptada en el litigio de daños, aun cuando haya recaído cosa juzgada a su respecto.

Este remedio consagrado en la legislación sustantiva presenta, como requisito común para su procedencia, que haya sido promovido por el interesado, es decir, no podrá el juez reabrir de oficio, sin intervención de parte, el estudio de la cuestión ya decidida.

Más allá de este presupuesto general, existen tres casos, disímiles entre sí, en los cuales resultará procedente el recurso de revisión en análisis:

a) *Revisión de la decisión penal.* En primer lugar, el ordenamiento consagra la procedencia de la revisión en aquellos supuestos en que el juzgador civil haya valorado determinados extremos tenidos en cuenta en la sentencia penal anterior, como si hubiera recaído cosa juzgada a su respecto en la sede punitiva.

Cumplido dicho recaudo, y cuando la decisión penal haya sido motivo de revisión en cuanto a los puntos que fueron tenidos en cuenta por el juez civil, será procedente la revisión de la solución adoptada en esta última sede.

Como se advierte, sólo cumplidos estos dos elementos (valora-

ción por el juez civil de los aspectos tenidos en cuenta por el magistrado penal, con carácter de cosa juzgada, y revisión de la decisión adoptada en la sede punitiva), se podrá promover el recurso de revisión.

Por ende, y en primer lugar, no será procedente el recurso de revisión en aquellos casos en que no haya existido un pronunciamiento penal anterior a la decisión civil, pues no se presenta el requisito primordial de la norma en estudio. A su vez, tampoco será admisible en los supuestos en que el juez civil no haya valorado en su sentencia lo decidido en sede penal.

En segundo término, tampoco procederá el recurso de revisión en aquellos casos en que la revisión de la sentencia penal se funde en un cambio de legislación. Ello implica, por ende, la expresa exclusión de los supuestos contemplados en el artículo 2° del Código Penal, es decir, cuando la modificación de la decisión adoptada en sede punitiva se funde en la existencia de una normativa más benigna para el imputado.

b) *Los supuestos de responsabilidad objetiva.* El Código, en su artículo 1775, inciso c, excluye expresamente de la procedencia de la suspensión de la sentencia civil a aquellos casos en que el supuesto que se imputa al responsable encuadre en alguno de los factores objetivos de atribución. Cabe remitir, en este aspecto, al comentario al artículo mencionado.

La falta de suspensión del dictado de la sentencia genera, como correlato inevitable, la posibilidad de que se dicte una decisión posterior en sede penal que sea contraria a lo decidido en sede civil, es decir, existe un riesgo de que se dicten sentencias contradictorias.

Es por ello que la norma en comentario prevé la procedencia del recurso de revisión en estos casos, pero limitada a los supuestos en que la eventual absolucón del imputado en la sede punitiva pueda tener incidencia en la sentencia civil, aun cuando se funde en un factor objetivo de atribución. Por ende, si en el juicio penal se arriba a la conclusión de que el hecho principal no existió, o que el imputado por el delito no intervino en la producción del daño, podrá ser revisada la sentencia que se adoptó en el pronunciamiento civil.

⁶⁵⁷ SAUX, ob. cit., p. 342.

Por ejemplo, en el supuesto en el que se pretendiera responsabilizar penalmente, por homicidio culposo, al conductor de un automóvil que atropelló a un peatón, la revisión de la sentencia condenatoria en el juicio de daños procederá si en la decisión penal posterior se arriba a la conclusión de que la víctima no fue atropellada, sino que falleció por otra circunstancia, o si se prueba que el automotor que intervino en el hecho no era el del imputado, ni que él conducía⁶⁵⁸. Por el contrario, no será procedente si la absolución penal se funda en la inexistencia de una conducta subjetivamente reprochable del dueño o guardián del automotor, pues esta última solución no afectará en forma alguna a la decisión adoptada en la jurisdicción civil.

c) *Otros casos previstos por la ley.* En la tercera excepción prevista por el artículo, se deja abierta la posibilidad de que se prevean por una ley especial otros supuestos en que sea procedente la revisión de la sentencia civil ante la existencia de una decisión penal posterior.

IV) Significado de la reforma

La disposición en análisis mantiene, en principio, el principio de inmutabilidad de la sentencia civil anterior, ya consagrado en el artículo 1106 del código derogado. Sin embargo, prevé la posibilidad de promover una acción de revisión de la decisión civil, únicamente a petición de parte, cuando se presente alguno de los supuestos previstos expresamente por la norma.

CAPÍTULO 2

GESTIÓN DE NEGOCIOS

Art. 1781 *Definición.* Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente.

⁶⁵⁸ PIZARRO, ob. cit., p. 459.

I) Resumen

En ocasiones, una persona que no es representante legal de otra, ni está obligada por un mandato, realiza espontáneamente una gestión útil para esta última. No hay acuerdo de voluntades y, más precisamente, no hay encargo o autorización para la realización del negocio o de la acción, que entonces el gestor asume espontáneamente. Es así que esta figura supone una actuación en interés y por cuenta de un tercero, sin haber recibido mandato suyo⁶⁵⁹ y sin estar obligado por ley al efecto, que en el Código unificado constituye una fuente autónoma de las obligaciones.

II) Concordancias

Decisión razonablemente fundada (art. 3°); ausencia o impedimento de uno de los cónyuges (art. 460); administración de los bienes por uno de los cónyuges sin mandato expreso (art. 474); pago por un tercero (art. 882); empleo útil (art. 1791); reparaciones urgentes (art. 2054); ausencia o impedimento de uno de los coherederos (art. 2326).

III) Interpretación de la norma

En la vida comercial cotidiana, lo habitual es que cada uno atienda sus propios asuntos, es decir que el sujeto del interés coincide con el del negocio que se regula⁶⁶⁰. Como consecuencia de ello, la ley protege y a su vez mantiene el principio de no injerencia en la esfera jurídica ajena.

Pero con carácter excepcional, se admite la posibilidad de intromisión en los asuntos de otro, sea por razones de equidad, porque

⁶⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *La gestión de negocios sin mandato*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LI, marzo-abril de 1975, N° 507, p. 245.

⁶⁶⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *La gestión de negocios y el principio de no injerencia*, en L. L. 1998-E-867; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, RDP, Madrid, 1959, p. 418.

así lo establece la ley o por una cuestión de altruismo⁶⁶¹, entre otros fundamentos.

Constituyen ejemplos clásicos de la gestión de negocios, el pago de una deuda ajena, el ingreso a la casa del vecino ausente para el cierre del dispositivo de agua luego de haber estallado una cañería, el cuidado de una persona desamparada, el hecho de alimentar a un animal de otro y la corrección de un niño ajeno⁶⁶² (este último –entre otros– ha perdido actualidad en función de un cambio de paradigma en materia de derecho de familia).

Ahora bien, para que la actividad desplegada para otro pueda encuadrar bajo la figura de la gestión de negocios, deben prestarse los siguientes requisitos:

- a) *Realización útil de un negocio lícito ajeno*: El gestor debe realizar uno o varios actos officiosos o útiles para otro, consistentes en simples actos materiales lícitos o bien en actos jurídicos. La licitud se impone, por cuanto el derecho no debe amparar reintegros o reembolsos fundados en la utilidad que un acto prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana (conf. art. 279).

Se interpreta además que esta figura exige *intención* de realizar tal negocio ajeno. Sobre el particular, se ha discutido si el *animus* constituye un elemento estructural de este tipo de gestión, y consecuentemente requisito para el nacimiento de las obligaciones del gestor y del dueño⁶⁶³, o bien sólo un requisito necesario para el nacimiento de una de dichas pretensiones, que es la correspondiente al gestor⁶⁶⁴. El Código unificado no parece

⁶⁶¹ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 4, p. 182, y COMPAGNUCCI DE CASO, *La gestión...* cit.

⁶⁶² ENNECERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1966, p. 621.

⁶⁶³ SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000, ps. 113/114.

⁶⁶⁴ PACCHIONI, Giovanni, *Della gestione degli affari altrui*, 3ª ed., Padova, 1935, p. 305.

considerar al *animus* como elemento estructural, al disponer que la ratificación de la gestión implica la aplicación de las reglas del mandato, “...aunque el gestor crea hacer un negocio propio...”

- b) *Ausencia de una liberalidad*: No debe tratarse de un caso de disposición de la propia actividad a favor de otro, queriendo no obtener nada a cambio. Es justamente por ello que el gestor tendrá derecho a algún tipo de reintegro o retribución por los gastos incurridos y, en ciertos supuestos, también por la tarea realizada.
- c) *Falta de autorización, mandato o representación legal*: Esta figura no se basa en un acuerdo entre partes, sino que la actividad debe realizarse a instancias del gestor. Ello es así aunque puedan variar sus alcances, al ratificar el negocio el gestionado (art. 1790). Tampoco se aplican las reglas de este instituto a quien actúa para su empleador en virtud de la relación laboral, ni se considera gestor de negocios al padre, tutor, curador, administrador, etcétera.
- Es que el gestor no se limita a cumplir instrucciones con o sin poder deliberativo como el mandatario, ni declara una voluntad ajena como el representante, ni acerca a las partes como el corredor⁶⁶⁵.
- d) *Motivación razonable*: La utilidad del negocio debe responder a un criterio de razonabilidad, o bien debe el negocio fundarse en razones de equidad o justicia. La razonabilidad constituye una pauta rectora constituida en “estándar” para valorar una conducta, una circunstancia o un motivo, considerada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir supuestos de discriminación, poder de policía y emergencia económica –entre otros⁶⁶⁶–, e impuesta expresamente a los jueces en la fundamentación de sus sentencias (art. 3º).

⁶⁶⁵ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 181.

⁶⁶⁶ GALMARINI, Pedro, *Gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa y declaración unilateral*, en RIVERA, Julio César (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 958.

e) *Falta de prohibición del gestionado*: Ante la prohibición del dueño de seguir adelante, la gestión concluye (art. 1783). Pero cabe interpretar la “prohibición” no en su sentido estricto de impedir o vedar la actuación del gestor⁶⁶⁷, sino ampliamente, bastando que el titular del negocio haya formulado su oposición⁶⁶⁸, para que la gestión no se inicie como tal o bien concluya. Ello es así como principio, pues esta figura tiene por finalidad evitar un perjuicio al dueño de un negocio cuando éste no tiene posibilidad de obrar, pero no tiende a decidir aquello que es bueno para otra persona, actuándose en contra de su voluntad.

En cuanto a la prueba, mayoritariamente se admiten todos los medios para acreditar la gestión y asimismo los gastos causados en ella⁶⁶⁹.

IV) Significado de la reforma

Según surge de los *Fundamentos* del nuevo Código, la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones, basada en el derecho romano y luego en el francés, reconocía únicamente a los contratos, los delitos, los cuasicontratos y los cuasidelitos. En ese contexto, la gestión de negocios ajenos era considerada un cuasicontrato, habiendo sido regulada en el último título de la Sección Tercera del código de Vélez, referida a las “obligaciones que nacen de los contratos”. Sin embargo, en la actualidad, la doctrina mayormente ha abandonado el estudio autónomo de categorías híbridas como el cuasicontrato y el cuasidelito, regulándose la gestión de negocios como una fuente autónoma. Ésta es la tesis predominante en nuestro país, adoptada en el Proyecto de 1998 y seguida por la definición de la gestión de negocios en el Código

⁶⁶⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed.

⁶⁶⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 4E, ps. 526 y 546.

⁶⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina. Nuevas tendencias doctrinales y los proyectos de reformas unificadores de la legislación civil y comercial*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 6, Representación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 122.

unificado, que establece con claridad sus elementos: aquellos clásicos, como la falta de obligación de actuar y asimismo la inexistencia de una liberalidad, pero con un agregado novedoso, que es la asunción oficiosa de la gestión por un *motivo razonable*.

Se advierte asimismo que a diferencia del artículo 2288 del código de Vélez, en este caso no hay una exigencia explícita de capacidad de parte del gestor, lo cual podría habilitar gestiones de negocios por personas menores de dieciocho años o con capacidad restringida; máxime, ante la consagración del principio de autonomía progresiva –para los menores– y la presunción de capacidad de ejercicio de los mayores de edad, que sólo reconoce límites aplicables en forma específica y en su protección.

Art. 1782 *Obligaciones del gestor*. El gestor está obligado a:

- a) avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la gestión, y aguardar su respuesta, siempre que esperarla no resulte perjudicial;
- b) actuar conforme a la conveniencia y a la intención, real o presunta, del dueño del negocio;
- c) continuar la gestión hasta que el dueño del negocio tenga posibilidad de asumirla por sí mismo o, en su caso, hasta concluirirla;
- d) proporcionar al dueño del negocio información adecuada respecto de la gestión;
- e) una vez concluida la gestión, rendir cuentas al dueño del negocio.

I) Resumen

El gestor debe actuar de buena fe (art. 9º) y con diligencia (art. 1786), teniendo en cuenta el interés del dueño del negocio. Por ello, se le imponen deberes en materia de información y de actuación, a lo largo de todo su desempeño y, asimismo, la obligación de dar cuenta sobre la tarea desempeñada y sus resultados, que se detallan en esta disposición.

II) Concordancias

Buena fe (art. 9°); alcances de la información en caso de restricciones a la capacidad (art. 31); rendición de cuentas (arts. 858/864); obligaciones del mandatario (art. 1324); actividad de los gestores, alcances del deber de información y rendición de cuentas en los negocios de participación (arts. 1448/1452); diligencia en la gestión (art. 1786).

III) Interpretación de la norma

Se requiere la comunicación sin demora al interesado sobre el inicio de la gestión y la espera de su respuesta salvo supuestos de urgencia (inc. a), e información adecuada sobre su curso, de manera genérica (inc. d). Es que la gestión tiende a evitar un perjuicio al gestionado, en situaciones de ausencia, enfermedad o bien imposibilidad de actuación oportuna, no a reemplazar su voluntad con relación al rumbo que deben tomar sus negocios. Se trata de deberes que constituyen una derivación lógica de la obligación de actuar con diligencia y que a su vez ayudan a precisar el contenido del elemento *absentia* o inactividad del dueño con relación a sus asuntos⁶⁷⁰.

La respuesta que el dueño pueda brindar al recibir este tipo de comunicaciones resultará determinante de la fuente de la obligación que vinculará luego a las partes: así, las instrucciones que pueda impartir el gestionado podrán demostrar la continuación del negocio bajo los efectos de un verdadero mandato.

A su vez, se exige una actuación acorde a la conveniencia y a la intención real o presunta del dueño, ya que como se trata de realizar un negocio en el mejor interés de otro, debe respetarse la voluntad y procurarse el provecho de ese otro (inc. b).

El requisito de continuación de la tarea hasta su finalización o asunción de ella por el gestionado (inc. c) tiene por finalidad no perjudicar el patrimonio de este último⁶⁷¹, y especial sentido en el supuesto

⁶⁷⁰ SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., ps. 499/500.

⁶⁷¹ ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 852; SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 410.

de obligaciones que no se agotan en un único acto, sino que requieren de trabajos continuados. Al exigirse este recaudo, evidentemente se consideran situaciones en las cuales el abandono de la gestión puede ocasionar un daño mayor al que podría esperarse en el caso de no haberse iniciado ésta. Piénsese, por ejemplo, en la demolición de una pared precaria del vecino durante su ausencia, con el fin de construir un muro más sólido, quedando luego inconclusa la nueva edificación por parte del gestor. Ello podría facilitar el hurto de los muebles del gestionado o el ingreso de intrusos, con la consecuente responsabilidad del gestor.

El deber así impuesto es en algún aspecto mayor al del mandatario, quien podría en cualquier tiempo renunciar a su función siempre que ello no resulte intempestivo o injustificado (conf. art. 1332). La razón de ello debe hallarse en la responsabilidad que deriva de la iniciativa, que en el mandato surge del mandante, mientras que en el supuesto bajo estudio, del propio gestor.

Finalmente, se impone la rendición de cuentas una vez concluida la gestión (inc. e). Es decir que el gestor permanece obligado hasta que haya descripto los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios del negocio, aunque éste consista en un acto singular. Y no resulta suficiente la sola presentación de las cuentas, sino que se requiere su documentación y aprobación⁶⁷², en forma privada o judicial en los términos de los artículos 858 a 864.

IV) Significado de la reforma

Se han sistematizado en una única disposición los distintos deberes a cargo del gestor, nombrándose como tales, lo cual sin duda brinda mayor claridad al tema (en el código de Vélez tales deberes aparecían en los arts. 2290, 2296, etc.). A su vez, de manera coherente con la importancia que el deber de información tiene en la actualidad, éste se incorpora de manera explícita y extensa (incs. a, y d). También

⁶⁷² SALVAT, Raymundo M. y ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1957, t. III, p. 591.

como novedad, se exige "aguardar la respuesta" del dueño del negocio, salvo que ello resulte perjudicial (inc. a), requisito que si bien acerca mucho esta figura a la del mandato, sin duda responde también a la esencia de la gestión, en cuanto el legislador se ha propuesto no alentar mediante esta vía la intromisión en los negocios de terceros.

Además, en el nuevo texto legal se amplían las exigencias en materia de rendición de cuentas, al remitir la disposición bajo análisis a la Sección 11ª, Capítulo 3 del Libro Tercero, que también resulta innovadora al regular la rendición de cuentas de manera independiente y extensa, consagrando el deber legal de documentar la actividad y los gastos del gestor, entre otras cuestiones relevantes (diversamente, ver art. 2296, código de Vélez, que admitía todo tipo de prueba para dar cuenta de la gestión, y sus arts. 458 a 467, referidos sólo a las cuentas de la tutela).

Art. 1783 *Conclusión de la gestión. La gestión concluye:*

- a) cuando el dueño le prohíbe al gestor continuar actuando. El gestor, sin embargo, puede continuarla, bajo su responsabilidad, en la medida en que lo haga por un interés propio;
- b) cuando el negocio concluye.

I) Resumen

La gestión termina cuando el dueño del negocio impide al gestor que prosiga lo comenzado, o bien cuando finaliza el negocio en sí (ej.: pago total de la deuda por parte del gestor). Para el primer caso, se prevé una excepción, que permite al gestor continuar a pesar de la oposición del dueño, cuando hay un interés propio de aquél y bajo su responsabilidad.

II) Concordancias

Buena fe (art. 9º); pago (arts. 865/885).

III) Interpretación de la norma

Se reconocen dos causas de extinción de las obligaciones nacidas

de esta fuente: la prohibición de continuar el negocio por el dueño y la conclusión del negocio en sí.

En el primer caso, se impone la decisión del interesado principal, quien en tal carácter decide que el tercero cese la realización de una gestión que ya no responde a su interés. La oposición podrá ser ineficaz: a) cuando el gestor tiene un interés legítimo en la gestión (conf. art. 1783 *in fine*); b) cuando sin la realización del negocio no habría podido cumplirse oportunamente un deber impuesto al dueño por razones de interés público, y c) cuando aparece impuesta por graves consideraciones morales, como, por ejemplo, impedir el suicidio⁶⁷³.

En el supuesto excepcional de continuarse la gestión en contra de la voluntad del *dominus*, en beneficio del gestor y bajo su responsabilidad, toda utilidad adicional para el dueño no habilitará un recupero de parte del continuador bajo la figura de la gestión de negocios, sino, en todo caso, por un enriquecimiento sin causa.

En el segundo caso, dada la naturaleza de este instituto, en esencia la obligación terminará por el pago hecho por el gestor. Así, por ejemplo, abonado el impuesto o servicio, o finalizada la construcción de la pared del vecino-dueño del negocio, concluye la gestión, debiendo oportunamente rendirse las cuentas correspondientes y pagarse los importes debidos al gestor.

IV) Significado de la reforma

La doctrina ha afirmado que la gestión de negocios termina por la conclusión del negocio y por el hecho de hacerse cargo el *dominus* de sus asuntos⁶⁷⁴. Tal criterio ahora se explicita en la ley, y acaso de un modo más amplio, en la medida que la prohibición al gestor de continuar con el negocio puede no sólo provenir de la efectiva asunción por el dueño de la responsabilidad sobre sus asuntos, sino de la lisa y llana negativa a la actuación por un tercero.

⁶⁷³ Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina...* cit., p. 135.

⁶⁷⁴ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 192.

Art. 1784 *Obligación frente a terceros.* El gestor queda personalmente obligado frente a terceros. Sólo se libera si el dueño del negocio ratifica su gestión, o asume sus obligaciones; y siempre que ello no afecte a terceros de buena fe.

I) Resumen

La gestión realizada obliga personalmente al gestor frente a terceros. Cuando el dueño del negocio ratifica su gestión o asume sus obligaciones, es él quien queda obligado, liberando al gestor, a menos que ello signifique un perjuicio para los derechos de terceros de buena fe.

II) Concordancias

Ratificación, efectos y oponibilidad frente a terceros (art. 369); manifestación de la ratificación (art. 371); ratificación en contrataciones a nombre de un tercero (art. 1025); cesión de deudas (arts. 1632/1635); mandato sin representación (art. 1321); efectos de la ratificación de la gestión, para el dueño del negocio (art. 1789); aplicación supletoria de las normas del mandato (art. 1790).

III) Interpretación de la norma

En principio, y antes de la ratificación o asunción del negocio por el gestionado, la obligación del gestor es personal y exclusiva, con independencia de que él hubiere actuado a nombre propio o ajeno⁶⁷⁵. El tercero sólo tiene acción contra éste, aunque puede demandar al *dominus* mediante acción subrogatoria (art. 739).

Luego de la ratificación o asunción de las obligaciones por el gestionado, se aplican las reglas del mandato (art. 1790), pero puede no quedar liberado el gestor, si ello afecta los derechos de terceros de buena fe.

IV) Significado de la reforma

La disposición bajo comentario sigue en líneas generales el sentido

⁶⁷⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, *La gestión de negocios...* cit., p. 867.

de los artículos 2304 y 2305 del código de Vélez. Pero se agrega ahora una referencia expresa a la asunción de las obligaciones por el gestionado, que puede no implicar ratificación. Pues cabe entender la ratificación en sentido amplio, como aprobación de lo hecho por el gestor⁶⁷⁶, lo cual incluye negocios ya concluidos; mientras la asunción supone continuar asuntos en curso y además podría no implicar aprobación de lo ya hecho.

Asimismo, la norma admite la posibilidad de que quede obligado también el gestor, luego de la intervención del dueño, si hay afectación de derechos de terceros de buena fe, lo cual refuerza la protección a tales terceros.

Art. 1785 *Gestión conducida útilmente.* Si la gestión es conducida útilmente, el dueño del negocio está obligado frente al gestor, aunque la ventaja que debía resultar no se haya producido, o haya cesado:

- a) a reembolsarle el valor de los gastos necesarios y útiles, con los intereses legales desde el día en que fueron hechos;
- b) a liberarlo de las obligaciones personales que haya contraído a causa de la gestión;
- c) a repararle los daños que, por causas ajenas a su responsabilidad, haya sufrido en el ejercicio de la gestión;
- d) a remunerarlo, si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso.

I) Resumen

Si la gestión fue útil, en el sentido de haberse iniciado considerando las ventajas que la intervención en sus negocios causaría al gestionado y con independencia de que éstas se mantengan o subsistan al finalizar la gestión⁶⁷⁷, la norma impone al dueño una serie de obligaciones frente al gestor, cuyos alcances quedan ampliados con relación al ré-

⁶⁷⁶ SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 357.

⁶⁷⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, *La gestión de negocios...* cit., p. 867; PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986.

gimen del código de Vélez, al reconocerse hasta una remuneración por la actividad en ciertas circunstancias.

II) Concordancias

Obligaciones del mandante (art. 1328); aplicación supletoria de las normas del mandato (art. 1790).

III) Interpretación de la norma

III.1) Acerca de la "utilidad de la gestión"

Como elemento central de este instituto, se exige que la gestión emprendida sea útil, aunque finalmente no se alcancen las ventajas originariamente tenidas en mira, por razones ajenas al deudor.

No resulta sencillo definir el concepto de "utilidad", y las interpretaciones al respecto han sido variadas. Así, por ejemplo, se ha entendido que debe considerarse especialmente cuál hubiera sido el comportamiento del gestionado y cuál es su mejor interés, de un lado, pero, asimismo, que debe valorarse la conducta del gestor en base a criterios abstractos referidos al comportamiento propio del "buen padre de familia" o del "buen comerciante" germano. Pueden ser factores relevantes a tener en cuenta: la ausencia del dueño, su inactividad, particularmente cuando ésta sea injustificada y suponga una amenaza para sus propios intereses, y la necesidad o urgencia de los actos de gestión, para lo cual habrá que ponderar la evidencia del posible perjuicio o de la obtención de las ventajas que se pretenden⁶⁷⁸.

De acuerdo al criterio de la doctrina mayoritaria, cabe considerar que la utilidad debe apreciarse al momento en que se inicia la gestión, pues si el gestor es diligente, no podría reprochársele el cese de la utilidad a lo largo del negocio, y si no lo es, será responsable por sus consecuencias⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 189.

⁶⁷⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 1, *Parte general*, Zavallía, Buenos Aires, 1997, ps. 526 y ss.

A su vez, cabe interpretar que la utilidad sólo resulta exigible en la *acción contraria* (del gestor contra el dueño), no así en la *acción directa* (del dueño contra el gestor). Es que para la rendición de cuentas, la restitución de lo obtenido por la gestión, etcétera, no interesa que haya existido tal utilidad⁶⁸⁰.

III.2) Obligaciones del gestionado frente al gestor

Ante la gestión útil, el *dominus* debe al gestor:

- a) *El reembolso del valor de los gastos necesarios y útiles.* Se ha entendido que se trata de aquellos gastos que una persona prudente efectuaría para llevar a feliz término la gestión útilmente comenzada⁶⁸¹. Así, por ejemplo, deberá el dueño reembolsar al gestor los gastos de materiales y el costo de la mano de obra, invertidos en la reconstrucción de una pared ruïnosa e inestable perteneciente a un inmueble de aquél; o bien reintegrar las sumas desembolsadas para el pago de sus impuestos o servicios, en todos los casos, más sus intereses.
- b) *La liberación por las obligaciones personales que haya contraído a causa de la gestión.* Además del artículo 2298 del código de Vélez, se trata de una obligación contemplada en otros códigos europeos y latinoamericanos (Bélgica, Bolivia, Uruguay). De este modo, si frente a la gestión consistente en la reparación de la pared del vecino, el gestor se hubiere comprometido también a reparar cualquier daño causado a otros vecinos durante el curso de los trabajos, el dueño o beneficiario de la gestión deberá asumir el costo de tales arreglos.
- c) *La reparación de los daños que, por causas ajenas a su responsabilidad, haya sufrido en el ejercicio de la gestión.* Contrariamente a lo establecido en el código de Vélez (art. 2300), pero en consonancia con la expansión del derecho de daños y con variados antecedentes extranjeros (Bolivia, Perú, Quebec), se reconoce un derecho amplio a la reparación de los daños

⁶⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina...* cit., p. 158.

⁶⁸¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 532.

sufridos por el gestor durante su actividad, aunque ésta haya sido asumida a su propio riesgo y sin mandato.

- d) *La remuneración si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso.* También en este aspecto el codificador se aparta del texto del código de Vélez, y valorando el tiempo y el esfuerzo invertidos en beneficio ajeno, se admite la retribución de la tarea desplegada en tales circunstancias (conf. Código de Paraguay, Portugal, etc.).

IV) Significado de la reforma

Algunas de las grandes novedades que supone esta disposición son el reconocimiento de una remuneración para el gestor en las circunstancias expuestas, y asimismo la reparación de los perjuicios por él sufridos, ambas vedadas en el código de Vélez (art. 2300) y reclamadas por la doctrina.

A su vez, el reembolso del valor de los gastos se limita ahora a aquellos que fueren “necesarios y útiles”, en un todo de acuerdo con el criterio de la doctrina mayoritaria, evitándose así otras interpretaciones posibles a partir de una disposición como la vigente con anterioridad, que habilitaba la repetición de “todos los gastos que la gestión hubiese ocasionado” (art. 2298, código de Vélez).

Art. 1786 Responsabilidad del gestor por culpa. El gestor es responsable ante el dueño del negocio por el daño que le haya causado por su culpa. Su diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios; son pautas a considerar, entre otras, si se trata de una gestión urgente, si procura librar al dueño del negocio de un perjuicio, y si actúa por motivos de amistad o de afición.

I) Resumen

Aunque la gestión realizada pueda haberse concebido teniendo en miras la utilidad para el dueño, un obrar culposo de parte del gestor

puede causar daños a aquél, que éste deberá reparar. La norma establece una serie de criterios ya tradicionales para valorar la culpa en estos casos, pero asignándoles nuevos alcances.

II) Concordancias

Factores subjetivos de responsabilidad (art. 1724); valoración de la conducta (art. 1725).

III) Interpretación de la norma

Hace a una de las obligaciones esenciales del gestor, el obrar con diligencia⁶⁸², teniendo en cuenta la definición del artículo 1724, que expresa que “La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”, comprendiendo la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Naturalmente, también el dolo, que supone la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, obstará un obrar diligente de parte del gestor.

En general, los deberes de conducta que generan responsabilidad subjetiva, como en este caso, se valoran teniendo en cuenta las características del agente. Así, “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias” (art. 1725).

Pero en este caso en particular, se aplica una pauta específica para valorar la diligencia del gestor de negocios, que es la consideración de cuál habría sido la conducta del gestor de haberse tratado de un negocio propio. Ello supone la apreciación de su culpa en concreto y permite moderar las consecuencias que podrían derivar de una interpretación puramente objetiva. Se ha interpretado que este tipo de parámetro en definitiva constituye una transacción entre la gratuidad y

⁶⁸² PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 130; SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 439.

el altruismo de la gestión, y la necesaria represión de la injerencia de extraños en la esfera jurídica ajena⁶⁸³.

IV) Significado de la reforma

La nueva disposición sigue atribuyendo responsabilidad de carácter subjetivo al gestor de negocios, quien responde por su obrar culposo frente al dueño, siendo en principio a cargo de éste la carga de la prueba.

Sin embargo, la reforma supone un cambio en cuanto a la valoración de la conducta del gestor (antes regida por el art. 2291, código de Vélez), pues desde ahora la ley impone que su culpa se aprecie en todos los casos con **referencia concreta a su actuación en los asuntos propios**; mencionándose a la urgencia de la gestión, a su intento de librar al dueño de un perjuicio, y a la actuación por motivos de amistad o de afección como pautas a considerar para dicha valoración. Cabe entender que estas circunstancias deberán ser acreditadas por el gestor, en los términos del artículo 1734.

Art. 1787 Responsabilidad del gestor por caso fortuito. El gestor es responsable ante el dueño del negocio, aun por el daño que resulte de caso fortuito, excepto en cuanto la gestión le haya sido útil a aquél:

- a) si actúa contra su voluntad expresa;
- b) si emprende actividades arriesgadas, ajenas a las habituales del dueño del negocio;
- c) si pospone el interés del dueño del negocio frente al suyo;
- d) si no tiene las aptitudes necesarias para el negocio, o su intervención impide la de otra persona más idónea.

I) Resumen

De acuerdo a las reglas generales del nuevo Código, el caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad al deudor, salvo disposición en contrario (arts. 955 y 1730). La presente norma constituye una

⁶⁸³ LACRUZ BERDEJO, *La gestión de negocios sin mandato* cit., p. 266.

excepción a tal principio, disuadiendo conductas e imponiendo al gestor una responsabilidad agravada, cuando actuare en contra de la voluntad o del mejor interés del dueño del negocio.

II) Concordancias

Responsabilidad por inexistencia o exceso en la representación (art. 376); caso fortuito (arts. 955 y 1730); asunción de riesgos (art. 1719); relación causal (art. 1726).

III) Interpretación de la norma

Resulta lógico que la responsabilidad del gestor resulte más extensa que otras, al intervenir éste en negocios ajenos sin encomienda de la tarea, ni obligación legal de realizarla. Por ello, la ley lo responsabiliza *aun por el caso fortuito*, pero sólo en supuestos específicamente consignados, que suponen la asunción inapropiada de riesgos (por ser ajenos a los que resultan habituales para el dueño del negocio), o bien una desconsideración del mejor interés del gestionado (al actuar el gestor en contra de su voluntad o bien anteponiendo su propio interés, asimismo al realizar actividades sin ser idóneo al efecto o bien al impedir que actúe una persona más idónea)⁶⁸⁴.

Tampoco responde el gestor por el caso fortuito en cuanto la gestión hubiere resultado útil al dueño⁶⁸⁵.

IV) Significado de la reforma

En general, se mantiene el sentido de los artículos 2294 y 2295 del código de Vélez. Y si bien no se contempla específicamente el supuesto de haber ocurrido igualmente el perjuicio, de no haber tomado el gestor el negocio a su cargo para liberar a éste de responsabilidad, ello no obsta igual solución, al aplicarse las reglas sobre causalidad

⁶⁸⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, *La gestión de negocios...* cit., p. 867; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. IX, p. 92.

⁶⁸⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, *La gestión de negocios...* cit., p. 867.

adecuada. En este sentido, se ha interpretado que los jueces siempre pueden apreciar el aspecto fáctico y mitigar la responsabilidad del gestor, en supuestos en los cuales el comportamiento no hubiere sido totalmente adecuado para producir el resultado dañoso⁶⁸⁶.

Art. 1788 Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables:
 a) los gestores que asumen conjuntamente el negocio ajeno;
 b) los varios dueños del negocio, frente al gestor.

I) Resumen

Esta disposición regula distintos casos de gestión de negocios que comprometen a sujetos plurales. Concretamente, dispone la solidaridad cuando interviene más de un gestor (sin un límite, por lo cual la solidaridad beneficiará tanto al dueño del negocio como a terceros), y cuando queda involucrado más de un dueño (en este caso, frente al gestor).

Al ser ello así, el dueño o los dueños del negocio pueden exigir el cumplimiento total a cualquiera de los gestores, y también pueden hacerlo las víctimas de eventuales daños derivados de su actividad. A su vez, cualquiera de los dueños puede exigir el cumplimiento total al gestor o gestores (conf. art. 827).

II) Concordancias

Pluralidad de representantes (art. 378); apoderamiento plural (art. 379); obligaciones solidarias (arts. 827/849).

III) Interpretación de la norma

Se impone la solidaridad legal en estos supuestos, al presentarse varios sujetos pasivos o activos de la obligación, con una causa fuente única que es la gestión de negocios. En este sentido, el artículo 827

⁶⁸⁶ GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 68; COMPAGNUCCI DE CASO, *La gestión de negocios...* cit.

dispone que “Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”.

Evidentemente el nuevo Código ha acogido el criterio de la doctrina, en el sentido de que el fundamento de la solidaridad debe hallarse en el hecho de que los vínculos entre los codeudores con el acreedor común, o bien entre los acreedores con el deudor común, se encuentran “coligados” o interrelacionados, existiendo una especie de representación recíproca entre aquéllos, dados sus mutuos intereses⁶⁸⁷.

IV) Significado de la reforma

La disposición bajo comentario supone un cambio sustancial, pues impone la solidaridad en supuestos en los cuales anteriormente ésta se hallaba expresamente excluida (conf. arts. 2293 y 2299, código de Vélez).

Cabe interpretar que si bien la solidaridad no se presume y sigue exigiendo su consagración inequívoca en la ley (como en este caso), o bien en el título constitutivo de la obligación (conf. art. 828) (ver t. V, p. 286), esta categoría ha dejado de ser excepcional, para imponerse legalmente en las más variadas materias. Así, por ejemplo, más allá de haberse consagrado la solidaridad en las trascendentes leyes especiales referidas a la protección del consumidor (conf. art. 40, ley 24.240/93, texto según ley 24.999, B. O. del 30-7-98) y del ambiente (conf. art. 31, ley 25.675/2002), el propio Código unificado impone la solidaridad en casos de actuación ilícita de las personas jurídicas (art. 144); de daños derivados de actos jurídicos viciados de violencia (art. 278); de obligaciones de solventar las necesidades ordinarias del hogar por parte de los cónyuges (art. 461), y de deudas a cargo de los titulares plurales de cuentas bancarias (art. 1399), entre otros.

⁶⁸⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, act. por P. Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II-A, p. 437, y Abeledo-Perrot Online 7007/004704; CALVO COSTA, Carlos A., *Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: similitudes y diferencias*, en L. L. 2010-B-1111/1120, sec. doct.

Art. 1789 Ratificación. El dueño del negocio queda obligado frente a los terceros por los actos cumplidos en su nombre, si ratifica la gestión, si asume las obligaciones del gestor o si la gestión es útilmente conducida.

D) Resumen

Si bien la disposición se titula "ratificación", ésta prevé tres tipos de circunstancias que hacen nacer la obligación del *dominus* frente a terceros por actos cumplidos en su nombre: a) su ratificación de la gestión; b) su asunción de las obligaciones del gestor, y c) la circunstancia objetiva de haberle sido útil el negocio conducido por el gestor.

II) Concordancias

Representación (arts. 358/361); ratificación (art. 369); manifestación de la ratificación (art. 371); mandato con y sin representación (arts. 1320 y 1321).

III) Interpretación de la norma

Existen diversos criterios sobre los alcances del concepto de ratificación. De un lado, se ha entendido que ésta es una vía por la cual la actividad del gestor se transforma en una actuación plenamente representativa⁶⁸⁸; pero de otro, se ha interpretado que ratificar sólo significa aprobar lo hecho por el gestor⁶⁸⁹. Como se verá seguidamente, el codificador parece adherir al primer criterio.

La ley exige una manifestación que puede ser expresa, o a través de un acto o comportamiento concluyente de parte del gestionado, que importe una aprobación de lo hecho por el gestor (art. 371). Este acto importará normalmente la aceptación de todos los actos realizados por el gestor, hayan sido útiles o inútiles, y de todos los gastos realizados⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 220.

⁶⁸⁹ SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 357.

⁶⁹⁰ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1983, t. II, vol. III, p. 22.

Se dispone además que una vez producida, la ratificación obliga al dueño del negocio, en tanto queda suplido el defecto de representación, con efecto retroactivo al día del acto (art. 369)⁶⁹¹, aunque no queda liberado el gestor, si ello afecta a terceros de buena fe (art. 1784). De este modo, los terceros podrán accionar contra el dueño del negocio, y, en su caso, también contra el gestor.

La asunción de las obligaciones del gestor y la utilidad de la gestión conducida por éste también constituyen supuestos que obligan al dueño del negocio frente a terceros, por causa de tal negocio.

IV) Significado de la reforma

La disposición bajo análisis tiene sentido en el contexto del nuevo Código, pues como se explica en los *Fundamentos*, se incorpora una verdadera teoría general de la representación, donde este instituto se diferencia claramente del mandato.

Art. 1790 Aplicación de normas del mandato. Las normas del mandato se aplican supletoriamente a la gestión de negocios.

Si el dueño del negocio ratifica la gestión, aunque el gestor crea hacer un negocio propio, se producen los efectos del mandato, entre partes y respecto de terceros, desde el día en que aquélla comenzó.

D) Resumen

Se prevé la aplicación de las disposiciones del mandato a la gestión de negocios en dos circunstancias:

- a) *En forma supletoria:* Cuando no hubiere una norma específica de derecho para regular una situación de hecho que involucra a esta figura.
- b) *Cuando el dueño del negocio ratifica la gestión:* Aun si se trató de una gestión impropia, por entender el gestor que actuaba para sí. Para este caso, se disponen efectos retroactivos, entre partes y frente a terceros, al día en que la gestión se inicia.

⁶⁹¹ Para el régimen jurídico de la ratificación, véase t. II, p. 455.

Además, con la ratificación el gestor queda liberado frente a terceros, a menos que se afecte a terceros de buena fe (conf. art. 1784, *in fine*).

II) Concordancias

Razonabilidad de las decisiones judiciales (art. 3°).

III) Interpretación de la norma

La disposición respeta el carácter autónomo de la gestión de negocios como fuente de las obligaciones, aunque dispone la aplicación de las reglas del mandato en los supuestos mencionados, en función de la cercanía conceptual de ambas figuras⁶⁹².

Así las cosas, no caben dudas acerca de que ante un conflicto que involucra las relaciones entre partes o frente a terceros, como consecuencia de una gestión de negocios, de no quedar resuelto bajo las disposiciones que regulan la figura bajo estudio, se aplicarán las normas de la figura contractual afín.

Más complejo resulta el tema de la aplicación de las normas del mandato por haberse ratificado la gestión, en la medida en que una misma controversia podría estar resuelta de modo diverso para el mandato y para la gestión (por ej.: ante la exigencia de medios de prueba distintos en uno y otro caso). En tal caso, se impondrá un criterio de razonabilidad (conf. art. 3°, y *Fundamentos*, 4.3), que contemple las específicas circunstancias del caso.

IV) Significado de la reforma

La nueva disposición es clara en el sentido de que se aplican a la gestión las reglas del mandato en los supuestos señalados, en cambio no expresa que aquella devenga un mandato propiamente dicho, tal como establecía el artículo 2304 del código de Vélez al expresar "...la ratificación del dueño del negocio equivale a un mandato, y le somete para con el gestor a todas las obligaciones del mandante".

⁶⁹² Ver LORENZETTI, *Contratos* cit., t. II, p. 229.

CAPÍTULO 3

EMPLEO ÚTIL

Art. 1791 *Caracterización.* Quien, sin ser gestor de negocios ni mandatario, realiza un gasto, en interés total o parcialmente ajeno, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque después ésta llegue a cesar. El reembolso incluye los intereses, desde la fecha en que el gasto se efectúa.

I) Resumen

El nuevo Código propone un tratamiento diferenciado del empleo útil, dedicándole un capítulo y considerándolo una fuente más de las obligaciones.

La figura remite a la realización de gastos útiles realizados por quien no es mandatario ni gestor, en función de un interés que pudo ser total o parcialmente ajeno. Si tales gastos hubieren sido útiles para un tercero, éste debe reembolsarlos al *solvens* en la medida de la utilidad obtenida, con intereses que se calculan desde la fecha de cada uno de esos gastos. El hecho de haber cesado el beneficio no obsta el reintegro de los gastos realizados con anterioridad.

II) Concordancias

Gestión de negocios (arts. 1781 a 1790); mandato (arts. 1319 a 1334); reembolso de gastos (arts. 206, 669, 1115).

III) Interpretación de la norma

No es sencillo observar diferencias conceptuales entre la gestión de negocios y el empleo útil, salvo por la "intención" de realizar un negocio ajeno, que es sólo propia de aquella figura.

Es así que el ejemplo específicamente regulado en la ley se refiere a los gastos funerarios que podrá realizar una persona no obligada, por razones de humanidad y para que el fallecido reciba un entierro decoroso (art. 1792). Pero podemos mencionar otros ejemplos: si el dueño de una finca adquiere costosa tecnología especial para riego y

al aplicarla logra administrar agua suficiente para sus propias plantaciones y las de su vecino, bien podrá él reclamar al vecino beneficiado el reembolso proporcional de los gastos realizados. Ello será así, aunque la única intención del acreedor haya sido hacer una inversión productiva para su propio campo.

La doctrina ha interpretado que el empleo útil exige para su perfeccionamiento el incremento material o la gestión "intrínsecamente" aprovechada, con prescindencia de la prueba de la legitimidad de la inversión, desde que aquélla resulta del mero hecho de la comprobación del empleo beneficioso⁶⁹³.

Se observa además que la ley aquí se refiere exclusivamente a "gastos" y al reembolso de su valor, pero en realidad este tipo de disposición involucra otros conceptos, ya que no se advierte una diferencia relevante entre el supuesto de quien paga los trabajos y quien los realiza aplicando sus servicios y trabajo en provecho de otros, pues en ambos casos se está en presencia de un mismo beneficio⁶⁹⁴.

La obligación que nace del empleo útil es de las denominadas de valor, por lo que corresponde su ajuste al momento del pago, en función de las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda⁶⁹⁵.

Además, la acción de empleo útil es personal y no real, por lo tanto no tiene efectos reipersecutorios. Sin embargo, el artículo 1793, inciso c, del Código unificado (*infra*, p. 705) admite la acción contra el tercer adquirente a título gratuito, pero sólo hasta el valor de la utilidad al tiempo de la adquisición, pues se consideran extendidos hasta dicho sujeto la utilidad y consecuentemente el carácter de deudor⁶⁹⁶.

⁶⁹³ DE MUNDO, José A. A., *Contribución al estudio del empleo útil*, en L. L. 72-1953-771.

⁶⁹⁴ SALAS, Acdeel Ernesto y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Código Civil anotado*, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. 2, ps. 572/573.

⁶⁹⁵ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 123.

⁶⁹⁶ SILVESTRE, Norma O. (dir.); MARINO, Abel Enrique; MAGLIO, María Claudia; BURGOS, Débora y SILVESTRE, Norma O. (auts.), *Obligaciones, La Ley*, Buenos Aires, 2014, p. 124.

IV) Significado de la reforma

El código anterior se ocupaba del instituto en los artículos 2306 a 2310, ubicados metodológicamente dentro del título correspondiente a la gestión de negocios. Pero en forma coincidente con el nuevo texto legal, proponía un concepto diferenciado, al disponer: "Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron" (art. 2306, código derogado). Es así que la reforma agrega lógica al sistema, al regular en forma autónoma el empleo útil, como figura diferente a la gestión de negocios, según su propia definición expresa.

Por lo demás, se suprimió la descripción acerca del alcance del empleo útil (art. 2309, código de Vélez), por una pauta que permitirá juzgar en cada caso el interés del sujeto pasivo, y que llevará a indagar el contexto en el que la erogación ha sido efectuada⁶⁹⁷.

Art. 1792 Gastos funerarios. Están comprendidos en el artículo 1791 los gastos funerarios que tienen relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar.

I) Resumen

En base a la tradición jurídica, la ley regula el ejemplo que típicamente ha encuadrado dentro de la figura del empleo útil, que es el de los gastos funerarios, mas queda claro que sólo se trata de una categoría entre otras posibles. Se refiere asimismo, aunque sea implícitamente, a los límites aplicables al reembolso de esos gastos, disponiendo que deben tener relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar, criterio presente en la jurisprudencia sobre la materia, que fuera pacífica.

II) Concordancias

Gastos razonables (arts. 133, 847, inc. c, y 1328); reembolso de

⁶⁹⁷ GALMARINI, *Gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa y declaración unilateral* cit., p. 966.

gastos (arts. 206, 669, 1115); actos que no implican aceptación de la herencia (art. 2296).

III) Interpretación de la norma

En nuestro derecho, se admite el reembolso de los gastos funerarios bajo la figura del empleo útil, porque se interpreta que quien los asume lo hace a favor de quienes se encuentran obligados a soportar tales erogaciones.

En la jurisprudencia, se ha entendido que este rubro incluye los gastos de entierro, de velatorio, de coche y avisos fúnebres, de sepultura, de compra de una lápida y de los oficios religiosos, entre otros. En cambio, se han considerado excluidos los gastos de embalsamamiento del cadáver, de construcción de una capilla en el lugar del entierro, de celebración de misas posteriores al deceso y de florería⁶⁹⁸ y los "...gastos en bien del alma después de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia..." (art. 2307, código de Vélez).

En definitiva, se admite el reembolso de los gastos funerarios razonables, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y las prácticas del lugar, a la luz del principio de buena fe (conf. art. 9º) y respetando los intereses de los distintos sujetos involucrados.

IV) Significado de la reforma

El nuevo artículo 1792 conserva el espíritu del artículo 2307 del código derogado, pero como en muchas otras disposiciones del nuevo texto legal remite a la idea "razonabilidad", como medida del derecho reconocido. Serán así los jueces quienes deberán determinar cuáles gastos funerarios son *razonables*, de tal modo de legitimar su reembolso.

A su vez, la nueva disposición bajo comentario prescinde de ejemplificaciones, en forma coherente con la pauta de adecuación a las circunstancias de persona y de lugar, que pueden justificar que cierto tipo de gastos resulten reembolsables en algunos casos y no en otros.

⁶⁹⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., ps. 552/554; SALAS y TRIGO REPRESAS, *Código Civil anotado* cit., t. 2, p. 574.

Art. 1793 *Obligados al reembolso*. El acreedor tiene derecho a demandar el reembolso:

- a) a quien recibe la utilidad;
- b) a los herederos del difunto, en el caso de gastos funerarios;
- c) al tercero adquirente a título gratuito del bien que recibe la utilidad, pero sólo hasta el valor de ella al tiempo de la adquisición.

D) Resumen

Se detalla en una única norma quiénes son los sujetos pasivos del reembolso en el empleo útil, con definiciones amplias en algún supuesto ("quien recibe la utilidad", inc. a), y en otros, con remisión a categorías de responsables, tradicionalmente reconocidas (ej.: los herederos por los gastos funerarios, conf. inc. b).

II) Concordancias

Obligados al reembolso de gastos, en las obligaciones solidarias (art. 847); en casos de nulidad de contratos celebrados con un incapaz (art. 1000); en el fideicomiso (art. 1677).

III) Interpretación de la norma

La ley establece ciertos límites en cuanto a quiénes pueden ser deudores del reembolso con fundamento en el empleo útil, disponiendo que el acreedor puede reclamarlo a las siguientes personas:

- a) *A quien recibe la utilidad*: Es decir, al beneficiario de la erogación o quien obtuvo un provecho de ella. Se trata de una disposición bien amplia, que involucra a cualquier beneficiario (ej.: dueño del campo que se beneficia por el sistema de riego o iluminación instalado por su vecino, etc.).
- b) *A los herederos del difunto, en el caso de gastos funerarios*: Al ser ellos los responsables directos de su costo, el *solvens* puede reclamar su reembolso. Sucede con cierta frecuencia que las entidades que prestan servicios sociales cubren los gastos

funerarios de un afiliado, por conceptos y a un costo que va más allá de lo razonable, a pedido de la familia y en momentos de angustia. Esta disposición habilita el reembolso posterior de lo pagado en exceso de los gastos razonables.

- c) *Al tercero adquirente a título gratuito del bien que recibe la utilidad, pero sólo hasta el valor de ella al tiempo de la adquisición:* Con ello se tiende a prevenir que el crédito por empleo útil devenga ilusorio, a raíz de una enajenación gratuita que torne insolvente al deudor⁶⁹⁹.

IV) Significado de la reforma

El detalle en una misma norma sobre quiénes serán los deudores o legitimados pasivos ante un reclamo por empleo útil constituye una novedad del nuevo Código, que implica mayor precisión y claridad para la aplicación efectiva de esta figura.

CAPÍTULO 4

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El enriquecimiento sin causa en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

“El Proyecto de 1936 incluyó un Título reglamentando el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones (artículos 852 a 863), en el cual fueron regulados el empleo útil y el pago indebido. El Anteproyecto de 1954 dedicó al enriquecimiento injusto un Título dividido en tres Capítulos, tratando de las disposiciones generales, del pago indebido y de la gestión de negocios (arts. 1059 a 1071). El Proyecto de 1987 le dedicó los artículos 2309 y 2310, al igual que el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993. El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 hizo

⁶⁹⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 123, y SILVESTRE (dir.), MARINO, MAGLIO, BURGOS y SILVESTRE (auts.), *Obligaciones* cit., p. 124.

lo propio (arts. 541 y 1542). El Proyecto de 1998 incluyó disposiciones generales para el enriquecimiento sin causa, y particulares para el pago indebido. Hemos seguido este último método.

“El enriquecimiento sin causa es definido de la siguiente manera: toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda. Luego se establece que la acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.

“Como ya se dijera, se incluye el pago indebido dentro de este Capítulo. La doctrina ha estudiado este tema y ha señalado que, en realidad, no hay pago, porque no se da el cumplimiento de una obligación ni concurren los elementos tipificantes.

“Se establece que es repetible si: a) la causa de deber no existe, o no subsiste, porque no hay obligación válida; esa causa ha dejado de existir; o fue realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir; b) paga quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que pagó, a menos que lo haga como tercero; c) recibe el pago quien no es acreedor, a menos que aquél sea hecho por un tercero habilitado; o como liberalidad; d) la causa del pago es ilícita o inmoral; e) el pago es obtenido por medios ilícitos.

“De esta manera hay una regulación sistemática y clara de este instituto, mejorando la situación actual”.

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1794 *Caracterización.* Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

I) Resumen

El enriquecimiento sin causa como fuente ahora legal y autónoma de las obligaciones tiene lugar cuando se produce un desplazamiento patrimonial de una persona a otra, de tal modo que esta última incrementa su activo o disminuye su pasivo, y aquélla se empobrece, sin una causa jurídica.

La norma dispone la reparación del daño patrimonial causado en tal supuesto, pero con un doble límite: el perjuicio sufrido por el empobrecido y el del beneficio obtenido por quien se enriqueció. A su vez, resulta sugerente de que el enriquecimiento sin causa puede tener por plataforma fáctica variadas circunstancias, pero regula el caso que supone la incorporación de un bien al patrimonio del deudor, estableciendo el deber de restitución, si tal bien persiste en su poder al momento de la demanda.

II) Concordancias

Simulación (art. 337); fraude (art. 340); esponsales (art. 401); distribución de los bienes ante el cese de la convivencia (art. 528); pago por un tercero (art. 882); tratativas contractuales (art. 992); deber de prevención del daño (art. 1710); asunción de riesgos (art. 1719); novación (art. 1827).

III) Interpretación de la norma

Consagrado ya en el derecho romano, como una regla de equidad y justicia impuesta por el derecho natural, hacia los fines de la República el enriquecimiento sin causa se habría asociado a las *condictios* o acciones de repetición que tenían como fin la restitución de cosas ciertas o cantidades de dinero, sin necesidad de indicar el fundamento de la obligación. A lo largo de la historia se ha discutido si el enriquecimiento sin causa constituía un principio general de derecho, o bien una fuente de las obligaciones. Pero en el siglo XIX, y especialmente en la doctrina francesa, se produjo un gran desarrollo de esta figura y su reconocimiento como fuente autónoma de las

obligaciones⁷⁰⁰, sin perjuicio de la aceptación de su mayor proyección y de sus alcances como principio general, aplicable en situaciones variadas.

En este capítulo del Código (y en esta disposición en particular) se regula el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, que se basa en la regla según la cual *los enriquecimientos que experimentan las personas deben permanecer dentro de su patrimonio, salvo que exista una causa legal que determine lo contrario*⁷⁰¹, imponiéndose al deudor el deber de restituir, cuando dicha regla no se cumple.

Los requisitos para el ejercicio de esta acción han venido delineándose en la doctrina⁷⁰² y en la jurisprudencia, y ahora aparecen específicamente regulados en los artículos 1794 y 1795. Éstos son:

1. *Enriquecimiento del demandado*: Se requiere el incremento del activo o la disminución del pasivo patrimonial del accionado, mediante el ingreso de bienes, el aumento de su valor, la eliminación de gastos que él hubiera debido realizar, la falta de remuneración de servicios, etcétera.
2. *Empobrecimiento del actor*: Consiste en el menoscabo económico consecuente, que afecta al titular de la acción.
3. *Relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento*: Es preciso que exista una relación de causa-efecto adecuada entre estos dos extremos.
4. *Ausencia de justa causa*: No debe haber una causa fuente que legitime el enriquecimiento. Es decir, el aumento en el patrimonio del demandado no debe fundarse en un contrato, en una donación, etcétera.
5. *Inexistencia de otra acción más útil. Subsidiariedad*: No debe

⁷⁰⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 69/76. Para un estudio meditado sobre los orígenes históricos y su posterior desarrollo, véase: GIGLIO, Francesco, *La "actio de in rem verso" nel sistema del codice civile*, en *Rivista di Diritto Civile*, 2000, p. 249.

⁷⁰¹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 65.

⁷⁰² CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de Obligaciones*, 3ª ed., Platense, La Plata, 1994, t. 4, ps. 372/389.

tener el empobrecido otra acción o vía de derecho a su disposición para obtener la debida indemnización de su perjuicio (art. 1795).

IV) Significado de la reforma

El código de Vélez no contenía normas que consagraran específicamente el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, pero varias de sus disposiciones y notas hacían referencia a este instituto en forma explícita o bien implícita. Así, por ejemplo, según su artículo 907, sólo se respondía del daño causado por los hechos involuntarios si con el daño se enriquecía el autor del hecho; también se asociaban a esta figura los artículos 589, 2427, 2440 y 2441, que preveían la restitución del valor de las mejoras necesarias o útiles, entre otros. A su vez, en la nota al artículo 784 se afirmaba: "El principio de equidad [...] que siempre es principio en nuestro Derecho Civil, no permite enriquecerse con lo ajeno...", y la nota al artículo 2589 expresaba: "El código ha querido [...] y ha sabido ser justo. Ha dicho que nadie debe jamás enriquecerse a costa de otro, aunque éste sea un hombre de mala fe".

En cambio, los sucesivos proyectos de reforma del código civil argentino regularon explícitamente esta figura (Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954, Proyectos de 1987 y del PEN de 1993), hasta llegarse a la reforma que siguiendo el método del Proyecto de 1998 incluyó su tratamiento sistemático, con disposiciones generales para el enriquecimiento sin causa y particulares para el pago indebido.

Art. 1795 *Improcedencia de la acción.* La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.

I) Resumen

La acción, conocida como *actio in rem verso*, se identifica con la idea de "volver las cosas al estado anterior" y es la que se ejerce típicamente en supuestos de enriquecimiento sin causa. La disposición establece que si el enriquecimiento de una de las partes y empobre-

cimiento correlativo de la otra queda situado dentro de los límites de una relación de derecho positivo determinada, no corresponde recurrir a esta acción.

II) Concordancias

Esponsales (art. 401); pago por un tercero (art. 882); deber de prevención del daño (art. 1710).

III) Interpretación de la norma

Según se ha mencionado, esta acción persigue el restablecimiento del equilibrio patrimonial y sus alcances se hallan limitados doblemente: no puede excederse el empobrecimiento del demandante, ni tampoco superarse el enriquecimiento del demandado. Es que la *actio in rem verso* no debe ser una fuente de provecho para el actor, ni de pérdida para el demandado.

Ahora bien, si en la base de un desplazamiento de valor entre dos personas, se encuentra otra fuente obligacional prevista por la ley que justifique tal desplazamiento, o que por el contrario autorice su supresión, para actuar resulta necesario situarse dentro del dominio de tal otra fuente. Así, podrá suceder frecuentemente que donde creía encontrarse un enriquecimiento sin causa, estemos ante un delito o ante un cuasidelito (figuras subsumidas dentro de la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones, en el nuevo Código). En tales supuestos, el ejercicio de la acción bajo estudio se hallará vedado—según dispone explícitamente la norma analizada—. Igual solución se impondrá si el empobrecido descuidó recurrir en tiempo oportuno a la tutela de una regla de derecho positivo, que le hubiera evitado la pérdida. La razón de ello puede hallarse en la salvaguarda del derecho positivo y de la separación de poderes⁷⁰³.

La presente acción puede ser interpuesta por el empobrecido, por sus sucesores, e incluso por los acreedores por vía de acción subro-

⁷⁰³ BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*, Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Enrique Figueroa Alfonso y Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997, parte B, t. 2, p. 815.

gatoria (conf. arts. 739 a 742, Código). El legitimado pasivo es el enriquecido y rige el principio de amplitud probatoria⁷⁰⁴. Se aplica a su prescripción el plazo genérico de cinco años (art. 2560, Código).

IV) Significado de la reforma

El sentido de esta disposición debe interpretarse juntamente con el del artículo 1794, pues como se ha visto ambas disposiciones regulan conjuntamente los requisitos para el ejercicio de la *actio in rem verso*.

Pero en el contexto de un Código en el cual "se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial" (conf. *Fundamentos*), el hecho de haberse dedicado una norma especial para el tratamiento del carácter subsidiario de esta acción debe sin duda relacionarse con la gran trascendencia asignada por el legislador a este requisito y con la voluntad de desalentar planteos judiciales tendientes al reconocimiento de derechos por esta vía excepcional e inespecífica, en casos para los cuales existen regulaciones más adecuadas y características.

SECCIÓN 2ª

PAGO INDEBIDO

Art. 1796 *Casos*. El pago es repetible, si:

- a) la causa de deber no existe, o no subsiste, porque no hay obligación válida; esa causa deja de existir; o es realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir;
- b) paga quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que paga, a menos que lo haga como tercero;
- c) recibe el pago quien no es acreedor, a menos que se entregue como liberalidad;
- d) la causa del pago es ilícita o inmoral;
- e) el pago es obtenido por medios ilícitos.

⁷⁰⁴ BONNECASE, *Tratado...* cit., p. 818.

I) Resumen

Si no hay razón para el pago efectuado, éste no produce efectos extintivos pues no existe obligación antecedente a cumplir. A su vez, quien efectuó el desembolso tiene derecho al recupero y nace la obligación de restituir, a cargo de quien recibió la prestación⁷⁰⁵.

La norma bajo análisis regula el pago de lo indebido como fuente de las obligaciones y especie de enriquecimiento sin causa, debiendo encontrarse su fundamento en la equidad. Reúne en ella los distintos supuestos representativos de esta figura, explicitando que éstos habilitan la repetición.

Por lo demás, cuando el pago carece de causa fuente, bastará con la demostración de la transferencia patrimonial y de la falta de dicha causa. La prueba sobre la anulación o resolución de la deuda, o sobre el hecho de que no nació la obligación, recaerá sobre quien invoca tal extremo (conf. art. 1736)⁷⁰⁶.

II) Concordancias

Deberes morales (art. 728); obligaciones divisibles, derecho al reintegro (art. 810); pago, derechos del acreedor frente al tercero (art. 884); prueba de la relación de causalidad y de las eximentes (art. 1736).

III) Interpretación de la norma

El pago sin causa *se configura toda vez que se realice una traslación patrimonial que con respecto de pago (que no es tal) luzca orientada a extinguir una obligación que no existe válidamente*⁷⁰⁷.

Cabe interpretar que toda vez que un pago sea realizado sin causa,

⁷⁰⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Repetición del pago de lo que no se debe*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

⁷⁰⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, México, 1997, parte B, t. 3, p. 778.

⁷⁰⁷ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 4, p. 166.

corresponde su repetición. Sin perjuicio de ello, el artículo 1796 prevé específicamente los distintos casos en los que el pago resulta repetible:

1. *Pago por una causa inexistente o no subsistente*: Tiene lugar cuando no hay una obligación válida; cuando la causa dejó de existir; o cuando el pago se realiza en consideración a una causa futura, que no se va a producir (art. 1796, inc. a). Este caso responde a la tradicional figura del “pago sin causa”, y en sus antecedentes hallamos dos figuras provenientes del derecho romano⁷⁰⁸:
 - *La “condictio causa finita”*: Supone un pago realizado en base a una causa que dejó de existir. Así, por ejemplo, si el asegurador abona la indemnización debida en virtud de un robo, siendo que después del pago el objeto asegurado se recupera, el pago deviene sin causa y la compañía de seguros tiene derecho a repetir. Ello es así, más allá de las disposiciones específicas que regulan el derecho de seguros.
 - *La “condictio causa data causa non secuta”*: Implica un pago realizado teniendo en cuenta una causa futura, que nunca hubiese podido materializarse, por una imposibilidad legal. Un clásico ejemplo es el de quien entregaba dinero a título de dote con motivo de un matrimonio que legalmente resultaba imposible celebrar (v. gr.: por mediar impedimento de ligamen).
2. *Pago por quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que paga*, a menos que lo haga como tercero; o bien recibido por quien no es acreedor, a menos que se entregue como liberalidad (art. 1796, incs. b, y c): Estos casos participan en parte de la misma esencia de los previstos anteriormente, en la medida en que si quien paga no está obligado, o bien, si quien recibe el pago no es acreedor (o sus representantes, sucesores o terceros legitimados para el cobro, se agrega), tampoco hay causa para el pago.
Pero con esta redacción, queda claro que el derecho de repetición

⁷⁰⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones* cit., ps. 89/90; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de Obligaciones* cit., ps. 412/415.

no se limita a los clásicos ejemplos antes citados. Cabe incluir en esta categoría al pago por error, aunque se aclare luego que el error es irrelevante (art. 1797, Código).

Un típico caso de pago sin causa es el que involucra impuestos ilegales o inconstitucionales. En el ámbito fiscal, el principio conocido como *solve et repete* (ej.: Código Fiscal 2010, art. 58) exige el pago previo del tributo, como condición para luego reclamar su carácter indebido.

Finalmente, corresponde mencionar que lo dispuesto con relación al pago por quien no está obligado (art. 1796, inc. b) debe interpretarse armónicamente con el contenido del artículo 728, en tanto establece que “Lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepitable”. Así, por ejemplo, quien paga la deuda de una obligación ya prescrita tendrá derecho a repetir lo abonado, a menos que lo haya hecho en virtud de los deberes metajurídicos citados. Y la circunstancia de que la prescripción es un modo de extinción de las obligaciones anómalo en términos de justicia⁷⁰⁹ sin duda tendrá peso en cualquier controversia que se plantee sobre la repetibilidad del pago de una obligación prescrita.

3. *Pago de causa ilícita o inmoral* (art. 1796, inc. d): Este supuesto también reconoce sus antecedentes en el derecho romano, en la llamada *condictio ob turpem vel ininustam causam*. Requiere torpeza por parte del *solvens*, además de falta de conciencia sobre el carácter ilícito del pago, si se pretende la repetición de lo abonado (conf. art. 1799, inc. c). Ello es así, pues la ley procura disuadir conductas ilícitas e inmorales y restarles protección normativa.
4. *Pago obtenido por medios ilícitos* (art. 1796, inc. e): Este caso en realidad se presenta cuando el deudor paga aquello que debe, a un acreedor que percibe aquello a lo cual tiene derecho, pero los medios de pago en sí son dolosos o violentos. Así, por ejemplo, el adquirente obtiene la entrega del bien debido a cos-

⁷⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Análisis funcional de la prescripción liberatoria*, en J. A. 1994-III-820/823.

to rebajado, según el compromiso asumido por el vendedor, pero al efecto lo amenaza con un arma de fuego.

La norma autoriza la repetición en estos supuestos, y al hacerlo sigue el criterio previsto en el código de Vélez (art. 792), no así la opinión de la doctrina mayoritaria, que se pronunció por la irrepitibilidad, por considerar que entre los obligados sí hay causa de la obligación en estos casos, entre otras razones⁷¹⁰.

Tal derecho de repetición no obsta la responsabilidad civil y hasta penal de parte del *accipiens*, si su obrar antijurídico causó un daño al *solvens*.

Cabe finalmente aclarar que en tanto el pago indebido constituye una especie de enriquecimiento sin causa, resulta aplicable a la prescripción de la acción correspondiente el plazo genérico de cinco años (art. 2560, Código).

IV) Significado de la reforma

El código original regulaba el pago de lo indebido en el título referido al pago, concretamente a “de lo dado en pago que no se debe” (Libro Segundo, Sec. Segunda, Tít. XVI, Cap. VIII).

Pero la doctrina señaló que en realidad este tipo de pago no importa el cumplimiento de una obligación, ni concurren en su caso los elementos que tipifican este modo extintivo de las obligaciones. Por ello se propuso asociarlo a un supuesto anormal de pago, a un cuasicontrato, o bien a una fuente autónoma de las obligaciones.

El Código aprobado regula este instituto en forma sistemática, más clara, y como fuente de las obligaciones que constituye una especie de enriquecimiento sin causa.

Art. 1797 Irrelevancia del error. La repetición del pago no está sujeta a que haya sido hecho con error.

⁷¹⁰ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., 2005, y Abeledo-Perrot N° 7008/003792; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de Obligaciones* cit., p. 424.

I) Resumen

El error no es un requisito y tampoco hace ya a una especie de pago indebido. Es que esta fuente de las obligaciones tiene a la equidad por fundamento esencial, y la falta de excusa suficiente por quien es víctima de un empobrecimiento injusto, de modo alguno altera tal fundamento.

II) Concordancias

Error como vicio de la voluntad (arts. 265 a 270); error como vicio del consentimiento en el matrimonio (arts. 409, 425 y 427); error en la obligación de saneamiento (art. 1043); error determinante de la buena fe en la posesión y tenencia (art. 1918); error como causa de nulidad del testamento (art. 2467).

III) Interpretación de la norma

El error como vicio de la voluntad y el error como fuente de repetición de un pago indebido responden a fundamentos bien diferentes, razón por la cual se justifica un régimen legal también distinto para uno y otro caso.

El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto, requiriendo además ser reconocible por el destinatario, si el acto es bilateral o unilateral recepticio (art. 265). Ello es así por cuanto el derecho precisa asegurar la pureza del acto voluntario. En cambio, la repetición de lo pagado indebidamente se funda en un principio ético, devenido legal, que no admite que el injusto enriquecimiento de un individuo, causante del empobrecimiento de otro, se sostenga en el amparo del derecho.

Es así que la repetición será admisible sea que no haya o bien haya error de parte del *solvens*, y en este último caso, claro está, sea que el error fuere de hecho o de derecho, esencial o no, reconocible o no reconocible por el destinatario, siempre que se den las demás condiciones previstas por la ley.

Por iguales razones, la falta de reserva al efectuar el pago de lo indebido no debe en principio obstar la repetición.

Como corolario de esta disposición, pierde vigencia la cuestionable regla antaño aplicable, que exigía al *solvens* la prueba de su equivocación para lograr la repetición, cuando el caso se encuadraba en un *pago por error*.

IV) Significado de la reforma

El artículo 784 del código de Vélez regulaba específicamente el pago por error, estableciendo que quien "...por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió".

En sentido contrario y considerando los fundamentos de la figura, el Código unificado se pronuncia por la irrelevancia del error del *solvens* para la admisibilidad de la repetición.

Art. 1798 Alcances de la repetición. La repetición obliga a restituir lo recibido, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir.

I) Resumen

El principio general es que la repetición de lo pagado indebidamente se rige por los artículos 759 a 761 y concordantes, referidos a las obligaciones de dar cosas ciertas con el fin de restituir las a su dueño. En este sentido, "...el deudor debe entregar la cosa al acreedor, quien por su parte puede exigirla..." (art. 759, Código). El dueño es el acreedor de la restitución (ej.: el depositante de una suma de dinero, el locador de un inmueble), y tiene derecho a que el deudor (ej.: depositario, locatario) se la devuelva.

Ello significa que quien recibió indebidamente una cosa debe entregarla al acreedor; fijándose además un régimen para el caso de haber el deudor contraído una obligación de dar esa misma cosa a uno o varios terceros.

II) Concordancias

Obligaciones de dar para restituir (arts. 759 a 761); extinción, mo-

dificación y adecuación del contrato (art. 1080); régimen de frutos, mejoras y productos (arts. 1934, 1935 y 1938).

III) Interpretación de la norma

Se aplica a estos supuestos el régimen de las obligaciones cuya finalidad es la restitución de una cosa cierta a su dueño, interpretándose que dicho dueño es el acreedor de la obligación de repetir. Constituyen ejemplos de estas obligaciones, la del locatario de restituir la cosa al finalizar la locación, la del depositario de entregar la cosa al concluir el depósito, etcétera.

En las relaciones internas entre acreedor y deudor, se aplican las disposiciones generales sobre conservación, pérdida y deterioro de la cosa debida, en las obligaciones de dar cosas ciertas. A su vez, en materia de frutos, mejoras y productos, interesan las disposiciones sobre los derechos y deberes inherentes a la posesión (conf. Libro Cuarto: *Derechos Reales*, Tít. II: *Poseción y tenencia*, Cap. 3: *Efectos de las relaciones de poder*, arts. 1934, 1935 y 1938).

En cuanto a los efectos de estas obligaciones frente a terceros, es decir, en supuestos en los cuales el deudor de la obligación de repetir haya comprometido la cosa debida frente a otros acreedores, la ley prevé un régimen de prioridades y citaciones, que contempla la naturaleza registrable o no registrable de los bienes comprometidos, el carácter oneroso o gratuito de la tradición y de buena o mala fe de los poseedores, entre otras cuestiones (arts. 759/760)⁷¹¹.

IV) Significado de la reforma

En el caso de las obligaciones de dar cosas ciertas para restituir las a su dueño, diferenciándose del código de Vélez, el legislador se limita a regular los supuestos de conflictos de las partes de la obligación, con relación a terceros. Es que los principios legales y situaciones que pueden presentarse son similares, razón por la cual valen en general los conceptos y consideraciones aplicables a las obligaciones de dar

⁷¹¹ SILVESTRE (dir.), MARINO, MAGLIO, BURGOS y SILVESTRE (auts.), *Obligaciones cit.*, p. 523.

cosas ciertas para constituir derechos reales, con las diferencias que naturalmente surgen de la diversa finalidad de estas obligaciones. Es que en aquéllas es el dueño-deudor de la cosa quien debe entregarla al adquirente-acreedor; mientras en éstas el deudor (locatario, depositario, etc.), debe restituirlas al dueño-acreedor (locador, depositante, etc.).

Así, por ejemplo, sigue aplicándose el principio por el cual el dueño-acreedor de la cosa es quien sufre el perjuicio resultante de la pérdida o de su deterioro, si ocurre sin culpa del deudor. En cambio, por aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad, si la destrucción o menoscabo de la cosa deviene de un obrar culpable del deudor, éste será responsable por la reparación del daño consecuente.

Sin perjuicio de ello, parte del régimen específico de mejoras y frutos aparece en las disposiciones sobre posesión y tenencia, del Libro Cuarto sobre *Derechos Reales* (arts. 1934, 1935 y 1938, Código), al que corresponde remitir para su estudio profundizado.

Art. 1799 *Situaciones especiales. En particular:*

- a) la restitución a cargo de una persona incapaz o con capacidad restringida no puede exceder el provecho que haya obtenido;
- b) en el caso del inciso b) del artículo 1796, la restitución no procede si el acreedor, de buena fe, se priva de su título, o renuncia a las garantías; quien realiza el pago tiene subrogación legal en los derechos de aquél;
- c) en el caso del inciso d) del artículo 1796, la parte que no actúa con torpeza tiene derecho a la restitución; si ambas partes actúan torpemente, el crédito tiene el mismo destino que las herencias vacantes.

I) Resumen

Si bien el artículo 1796 dispone en general sobre los supuestos de repetibilidad del pago, el artículo 1799 establece ciertos límites a tal principio. Dichos límites permiten preservar el fundamento de esta figura, en cuanto tienden a evitar el enriquecimiento indebido y a garantizar soluciones de equidad en supuestos especiales.

II) Concordancias

Personas incapaces de ejercicio (art. 24); restricciones a la capacidad y apoyos (art. 32); actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida (arts. 44 a 46); acciones y garantía común de los acreedores (arts. 736 a 745).

III) Interpretación de la norma

Se prevén soluciones especiales para tres supuestos:

- a) *Pagos indebidos a personas incapaces o con capacidad restringida:* Dada la protección especial de la cual son merecedoras, en su caso, la obligación de restitución se limita a la utilidad recibida por causa del pago, a pesar de la falta de alguno de sus elementos esenciales.

La norma guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 885 que establece que el pago a una persona incapaz o con capacidad restringida sólo *produce efectos en la medida en que el acreedor se ha beneficiado* (sobre el concepto y alcance de "beneficio", véase lo dicho en el t. V, p. 379).

- b) En supuestos en los cuales *quien recibió el pago indebido de buena fe destruyó el título representativo de la deuda* (ej.: un cheque, un pagaré, etc.), o bien renunció a las garantías en virtud de dicho pago (ej.: fianzas, hipotecas, etc.), no corresponde la restitución. El legislador se pronuncia en este caso en favor de quien obrando rectamente, se deshizo de los elementos de resguardo de su crédito a raíz del pago indebido, aunque asigna al pagador el derecho de subrogación legal.
- c) *En el caso de pago de causa ilícita o inmoral*, sólo la parte que no actúa con torpeza tiene derecho a la restitución. Y si ambas partes actúan torpemente, el crédito tiene el mismo destino que las herencias vacantes, es decir que en principio será beneficiario de su monto el Estado argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde el pago se realice (conf. art. 2648, Código).

La solución del inciso se halla en armonía con la solución que el Código da a la **causa fin ilícita**: si ambas partes concluyeron el acto por un motivo ilícito o inmoral común, el acto jurídico respectivo es nulo (art. 1014) y nada podrán reclamarse recíprocamente, pues las prestaciones cumplidas tendrán el destino de las *herencias vacantes* (art. 1799). Si sólo una de ellas, en cambio, ha obrado por un motivo ilícito o inmoral el que obró *torpemente* no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido (arts. 1014 y 1799).

IV) Significado de la reforma

Se limitan los supuestos de excepción al principio de repetibilidad del pago a unos pocos casos, que se tratan ordenadamente en esta disposición.

Es novedosa la protección especial a las personas incapaces o con capacidad restringida en esta materia; asimismo, la explícita referencia al caso de renuncia a las garantías, con los alcances ahora previstos. *En cuanto al pago de causa ilícita o inmoral, la nueva norma se aparta del contenido del artículo 795 del código de Vélez, que vedaba la repetición cuando hubiere habido torpeza de ambas partes, consagrando una solución socialmente más valiosa, consistente en destinar lo pagado indebidamente al Estado.*

CAPÍTULO 5

DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1800 Regla general. La declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos.

I) Resumen

La norma consagra expresamente la eficacia jurídica de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Vía la integración subsidiaria con la disciplina contractual, se remite en última instancia a la normativa sobre actos jurídicos, categoría general de la cual la declaración unilateral de voluntad es una especie.

II) Concordancias

Usos y costumbres (art. 1º); acto jurídico (arts. 279 y ss.); reconocimiento y promesa autónoma (arts. 733 y 734); contratos en general (arts. 957 y ss.); fuerza obligatoria de la oferta (art. 974); estipulación a favor de tercero (art. 1027); oferta al público en el contrato de transporte (art. 1283); presunción de validez de la fuente (art. 1801); creación de títulos valores atípicos (art. 1820). Ley 24.240, obligatoriedad de la oferta al público (art. 7º).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La voluntad unilateral como fuente autónoma de obligaciones*

Es sabido que el código civil derogado no reconocía como fuente autónoma de obligaciones a la voluntad unilateral, sin perjuicio de las manifestaciones particulares que la doctrina y jurisprudencia solían señalar⁷¹².

Aunque la doctrina tradicional en materia de obligaciones ha objetado, desde la perspectiva de la construcción jurídica, la posibilidad de aceptar a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones⁷¹³, la

⁷¹² Así, por ejemplo, el art. 2533 del Código Civil derogado. Ver referencias en GOLDENBERG, Isidoro, *La voluntad unilateral*, Platense, La Plata, 1975, ps. 66 y ss.

⁷¹³ Ver por todos CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix, *Derecho de las Obligaciones*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 118 y ss.: "en nuestra opinión en la postulación de esta moderna fuente de obligaciones hay un error [...] Indudablemente que la sola voluntad del deudor puede crear un estado de deuda, pero la obligación tiene —como ya se ha dicho— dos aspectos: el activo y el pasivo. La obligación es la deuda y el crédito (art. 496, Código Civil) [...] nadie puede devenir

admisión normativa y aceptación de la doctrina ha sido desde hace tiempo ampliamente mayoritaria, y reflejada en los proyectos de unificación previos al Código, jornadas académicas y ordenamientos jurídicos extranjeros⁷¹⁴.

El método del Código y los textos normativos que se analizan en este capítulo no dejan lugar a discusión en este punto, que por otro lado generaliza soluciones presentes en normas particulares⁷¹⁵.

III.2) Razones del reconocimiento de la declaración unilateral como fuente de obligaciones

Al margen de la conveniencia sistémica de reconocer como regla general a una situación reiteradamente prevista por normas particulares, la postura del Código en este tema es consistente con la valoración que su texto hace de la confianza y la apariencia en el tráfico jurídico.

En las disposiciones generales en materia de contratos se aprecia un notable apartamiento de la concepción subjetiva que impregnaba el Código Civil derogado mediante el reconocimiento del efecto vinculante de la oferta⁷¹⁶.

Es probablemente esa situación la que mejor trasunta la visión del Código acerca de la relevancia de la confianza en las expectativas

acreedor sin 'su voluntad'. La objeción no ha sido unánime en la doctrina clásica: BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 25 y ss., y también BOFFI BOGGERO, Luis M., *La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones*, Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1942.

⁷¹⁴ Así, junto con la referencia al Derecho Comparado, se lo pone de manifiesto en los Fundamentos del Proyecto del Código, que reproduce GALMARINI, Pedro, *Gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, y declaración unilateral*, en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 976. Para una referencia a la propuesta del primer proyecto de unificación en esta materia, MORONI, Carlos, *La promesa al público*, en L. L. 1987-D-956. Ver también las conclusiones de las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático de 1992, en J. A. 1992-IV-983.

⁷¹⁵ GOLDENBERG, Isidoro, *Expresiones actuales de la declaración unilateral de voluntad*, en D. J. 1997-1-581.

⁷¹⁶ Ver comentario al art. 974 del Código.

generadas por una actividad voluntaria, elemento de fundamental importancia para reducir la creciente complejidad en las interacciones sociales⁷¹⁷.

En otros términos, pero con una identidad sustancial evidente, se ha vinculado a la declaración unilateral de voluntad con la doctrina de la confianza legítima, fecundo principio que exorbita incluso al derecho privado⁷¹⁸.

III.3) Ámbitos de obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad

La norma señala que la declaración unilateral de voluntad es causa de las obligaciones en los supuestos previstos legalmente, o conforme los usos y costumbres.

Como se aprecia, se trata de una limitación específica, que aunque responde a una visión restrictiva sobre la habilidad causal de la voluntad unilateral, tiene un impacto práctico acotado. La especificación indicada contrasta con la habilitación genérica de la voluntad contractual como causa de obligaciones⁷¹⁹, y con la más amplia en materia de títulos valores⁷²⁰ (que parte de la doctrina considera una manifestación de la voluntad unilateral)⁷²¹.

Por un lado, la regla legal se refiere a los casos en los que existe

⁷¹⁷ Sobre el tema, LORENZETTI, Ricardo, *La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*, en L. L. 2000-D-1155. Como bien señala Borda (*Tratado...* cit., p. 29), "la discusión doctrinaria sobre este punto, puede considerarse sobrepasada por los hechos [...] Sea por motivos culturales o económicos, cada día son más frecuentes las promesas públicas de prestaciones a favor de personas indeterminadas. En la conciencia social y jurídica de nuestros días está cada vez más afirmado el convencimiento de que el autor de una promesa contrae una responsabilidad y asume una obligación".

⁷¹⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo, *Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima*, en L. L. 2010-E-1167.

⁷¹⁹ *Supra*, comentario al art. 958.

⁷²⁰ *Infra*, comentario al art. 1820.

⁷²¹ Opinión que no compartimos, ni consideramos establecida por el Código: *infra*, comentario al art. 1815. Señalamos que para una norma similar en el Derecho italiano, la doctrina ha debatido el carácter de orden público de la limitación. Ver para la discusión del art. 1987 del *Codice*, MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1955, t. VI, ps. 216 y 217.

una previsión legal expresa. Con ello se comprenden no sólo los supuestos de los artículos 1801 y siguientes del Código, sino otros casos en los que la voluntad unilateral esté presente como fuente de obligaciones⁷²².

Por el otro, la aceptación de la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad por los usos y costumbres abre la puerta para la incorporación de supuestos que se generen en el futuro, dándole así dinamismo a esta fuente de obligaciones⁷²³.

III.4) Integración normativa de la declaración unilateral de voluntad

La parte final de la norma en estudio prevé la aplicación a la declaración unilateral de voluntad de las disposiciones relativas a los contratos.

La disposición se explica primariamente porque se trata, en ambos casos, de obligaciones que reconocen al acto voluntario como elemento común.

Aunque la integración normativa se presenta de un modo genérico, creemos que las reglas que tienen mayor relevancia son las propias de la "parte general de los contratos", y en ese marco –enunciativamente–, los artículos 957 a 965⁷²⁴, 991 a 993, 1000 a 1026⁷²⁵, 1032, 1062 a 1068, 1082, 1090 y 1091 del Código.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que el contrato es una especie de acto jurídico (art. 957 del Código), por lo que habrá de considerarse la pertinencia de la integración normativa de la decla-

⁷²² Ver las referencias (no taxativas) en las concordancias del comentario a la norma.

⁷²³ Hay que recordar que el Código reconoce con amplitud la eficacia vinculante de los usos y costumbres: *supra*, comentario al art. 1º.

⁷²⁴ En todos los casos, con las correspondientes adaptaciones o limitaciones que respeten la distinción básica entre la declaración de voluntad unilateral (que es un acto jurídico unilateral) y el contrato (que es un acto jurídico bilateral o plurilateral). No incluimos en la referencia aquellas normas que reflejan directamente un supuesto de eficacia vinculante de la voluntad unilateral, como es el caso de la oferta (arts. 974 y concs. del Código).

⁷²⁵ Los arts. 1027 y 1028 se refieren a la estipulación a favor de tercero, que la doctrina ha considerado un supuesto de declaración unilateral de voluntad.

ración unilateral de voluntad con lo previsto por los artículos 259 y siguientes del Código.

IV) Significado de la reforma

Es cierto que la declaración unilateral de voluntad era reconocida por relevante doctrina y jurisprudencia⁷²⁶, y considerada como una fuente autónoma de obligaciones en los anteriores proyectos de unificación legislativa. Pero también lo es la existencia de voces disidentes, y la necesidad de una previsión expresa en una nueva e integral codificación del derecho privado que moderniza el esquema de reconocimiento de fuentes de las obligaciones.

En esa perspectiva, los artículos que integran esta Sección 1ª del Capítulo 5 cumplen la función de esterilizar discusiones doctrinarias que en última instancia no resultan sustantivas, sino imbricadas con análisis de conceptos teóricos que no encuentran una respuesta definitiva en el derecho positivo. Y contribuye además a una mejor sistematización de las fuentes de obligaciones, que es una característica del método en el Código.

Art. 1801 Reconocimiento y promesa de pago. La promesa de pago de una obligación realizada unilateralmente hace presumir la existencia de una fuente válida, excepto prueba en contrario. Para el reconocimiento se aplica el artículo 733.

I) Resumen

De manera consistente con la admisión de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, la norma se refiere a una de sus manifestaciones –la promesa de pago–, a la que se le extiende la presunción de fuente legítima (art. 727 del Código).

II) Concordancias

Presunción de fuente legítima (art. 727); reconocimiento y pro-

⁷²⁶ *Supra*, apartado III.1 de este artículo.

mesa autónoma (arts. 733 y 734); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); creación de títulos valores atípicos (art. 1820).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La promesa de pago*

La promesa de pago (cumplimiento de una obligación) es una manifestación particular de declaración unilateral de voluntad.

Consiste, básicamente, en la asunción no contractual pero voluntaria de una obligación, con cualquier contenido admisible como prestación (ver comentario al art. 725 del Código). Se promete un hecho personal, y no la actividad de un tercero⁷²⁷.

La promesa de pago, acreditada, goza de la presunción de fuente legítima (ver comentario al art. 727 del Código), y como especie de declaración unilateral de voluntad, de las notas previamente referidas⁷²⁸.

III.2) *El reconocimiento como declaración unilateral de voluntad*

La norma se refiere también al reconocimiento como declaración unilateral de voluntad, con remisión al artículo 733 del Código⁷²⁹, en su especie de reconocimiento positivo⁷³⁰.

Se individualiza de este modo otra manifestación de la eficacia de la voluntad unilateral con el particular contenido de reconocer, de manera expresa o tácita, la existencia de una obligación, con las consecuencias jurídicas que ello implica (art. 724 del Código).

⁷²⁷ Lo que no implica que carezca de eficacia jurídica la asunción de responsabilidad por la acción u omisión de un tercero, aun fuera de las figuras de garantía. Ver art. 1026 del Código (*Promesa del hecho de tercero*).

⁷²⁸ *Supra*, comentario al art. 1800.

⁷²⁹ Corresponde reenviar al lector al comentario de los arts. 733 a 735 del Código.

⁷³⁰ Por oposición al reconocimiento negativo, que acepta la no existencia de un crédito o derecho: RAFFAELLI, Guido, *Istituzioni di Diritto Civile*, Vallardi, Milano, 1953, p. 438.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1800, apartado IV.

Art. 1802 *Cartas de crédito*. Las obligaciones que resultan para el emisor o confirmante de las cartas de crédito emitidas por bancos u otras entidades autorizadas son declaraciones unilaterales de voluntad. En estos casos puede utilizarse cualquier clase de instrumento particular.

I) Resumen

La norma califica como declaración unilateral de voluntad a las obligaciones del emisor o confirmante de una carta de crédito emitida por bancos o entidades autorizadas.

II) Concordancias

Instrumentos particulares (art. 286); valor probatorio del instrumento particular (art. 319); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); promesa de pago (art. 1801); forma de las garantías unilaterales (art. 1812).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Las cartas de crédito*

Las cartas de crédito son instrumentos típicos del comercio internacional, que acompañan normalmente —pero con independencia jurídica— a un contrato de compraventa internacional.

En atención a su característica transfronteriza, el Código ha optado por no regular las cartas de crédito, las que se sujetan a los usos y costumbres que son objeto de periódica codificación privada por vía de la Cámara de Comercio Internacional.

En ese marco, el 1° de julio de 2007 entraron en vigor las Reglas y Usos Uniformes para el Crédito Documentario conocidas como *UCP 600*⁷³¹.

⁷³¹ La referencia corresponde a la utilización de cartas de crédito como regulación

III.2) *La declaración unilateral de voluntad y las cartas de crédito*

Aunque en operaciones de comercio internacional la utilización de normas de conflicto podrá llevar a la aplicación del derecho extranjero (o a la solución convencional escogida por las partes), cuando la ley argentina sea la que gobierne la relación jurídica resultará aplicable el artículo 1802.

La definición del artículo en comentario es clara y consistente con los principios de la mencionada *UCP 600*: las obligaciones de pago derivadas de las cartas de crédito son independientes de la relación contractual de comercio internacional (típicamente, la compra-venta).

Nótese que la norma legal implica una toma de posición acerca de la naturaleza o calificación jurídica de las cartas de crédito, a las que excluye de la esfera contractual. Sin embargo, en ausencia de una regulación expresa, no puede atribuirse al Código una adscripción a ninguna de las soluciones de la doctrina acerca de la discusión sobre esa cuestión más allá de la definición apuntada⁷³².

III.3) *La forma de los actos jurídicos y la carta de crédito*

Adicionalmente a la flexibilidad general para la firma en los instrumentos privados que ofrece el Código⁷³³, el artículo 1802 admite la validez de la carta de crédito en instrumento particular, lo que en vía interpretativa autoriza el recurso a los instrumentos particulares no firmados (art. 287 del Código).

Por supuesto, la vigencia de la solución legal requiere la aplicación de la ley argentina a la forma de la obligación.

de las obligaciones de pago de los bancos intervinientes en una operación de comercio internacional. Para el supuesto de carta de crédito en función de garantía, ver *infra*, comentario al art. 1810.

⁷³² Sobre el tema, puede verse MENÉNDEZ, Andrés, *Letter of Credit, its Relation with Stipulation for the Benefit of a Third Party*, disponible en <http://ssrn.com>, y el desarrollo clásico de KOZOLCHYC, Boris, *La naturaleza jurídica de la carta de crédito comercial irrevocable*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>.

⁷³³ Ver *supra*, comentario al art. 288.

IV) Significado de la reforma

Aun cuando la aplicación concreta de la norma en comentario dependerá de normas de derecho internacional privado o de la elección convencional de las partes de una transacción de comercio internacional, la reforma es relevante al definir a la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones vinculadas con las cartas de crédito.

SECCIÓN 2ª

PROMESA PÚBLICA DE RECOMPENSA

Art. 1803 *Obligatoriedad.* El que mediante anuncios públicos promete recompensar, con una prestación pecuniaria o una distinción, a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación, queda obligado por esa promesa desde el momento en que llega a conocimiento del público.

I) Resumen

La norma establece el carácter vinculante de la promesa pública de recompensa, determinando su eficacia a partir de la difusión de anuncios.

II) Concordancias

Oferta (art. 972); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); concurso público (art. 1807); régimen de cosas perdidas (art. 1955).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La promesa pública de recompensa y su efecto vinculante*

La promesa pública de recompensa se regula como un supuesto de declaración unilateral de voluntad, con algunas particularidades que se presentan en la norma en análisis y en los artículos siguientes.

En primer término, se observa que la obligatoriedad se sigue de la exteriorización pública de la promesa ("anuncios públicos"). No hay una precisión ni limitación del concepto, por lo que habrá de entender por tales a cualquier comunicación con virtualidad para ser conocida por personas indeterminadas, a diferencia de lo que ocurre con la oferta contractual⁷³⁴.

Claro que el efecto vinculante puede reconocer limitaciones temporales, o ser objeto de revocación en las condiciones previstas legalmente⁷³⁵.

III.2) *Exigibilidad de la promesa*

Las circunstancias que hacen exigible el contenido de la promesa se presentan de modo amplio, y no necesariamente vinculadas a una conducta positiva de quien pretenda reclamar la prestación⁷³⁶. Así, podrá tratarse de la ejecución de un acto (realización de un comportamiento determinado, por ejemplo, encontrar un vehículo), la verificación de ciertos requisitos (por ejemplo, obtener un resultado como producto de una actividad deportiva), o simplemente cumplir con una situación descrita en la promesa (por ejemplo, ser mayor de cien años). También pueden combinarse, por elección del promitente, cualquiera de las variantes descriptas.

III.3) *Contenido de la obligación del promitente*

La norma autoriza a que el contenido de la obligación del promitente tenga un carácter pecuniario (la hipótesis más frecuente) o consista en la entrega de una distinción o premio.

⁷³⁴ Persona determinada o determinable: *supra*, comentario al art. 972. La oferta contractual, adicionalmente, aun en su variante de oferta al público cuando ésta fuera admisible *de lege lata*, está destinada a convertirse en un acto jurídico bilateral mediante la aceptación, circunstancia que no ocurre para la promesa al público: RAFFAELLI, *Istituzioni...* cit., p. 439. Ver también MESSINEO, *Manual...* cit., t. VI, p. 224: "la oferta al público es elemento (propuesta) de posible contrato futuro y no es, por consiguiente, promesa unilateral; incluso es inoperante si no va seguida de la aceptación".

⁷³⁵ *Infra*, comentario a los arts. 1804 y 1805.

⁷³⁶ Como lo señala Moroni (*La promesa...* cit.), no es necesario que el destinatario de la promesa sea activo para ganarse la prestación, la que puede ser exigible sin obligación de conducta o actividad del destinatario de la promesa.

En el último supuesto mencionado, entendemos que ha de tratarse de una distinción susceptible de valoración económica, por aplicación de las reglas generales en materia de obligaciones⁷³⁷.

IV) Significado de la reforma

La norma en análisis y las siguientes que la complementan dan un marco legal concreto y claro a la promesa pública de recompensa, como manifestación particular del efecto vinculante que el Código reconoce a la declaración unilateral de voluntad.

La previsión de sus aspectos más significativos (que se integran con las pautas generales del art. 1800) resulta un reconocimiento adicional del Código a la importancia de la protección de la confianza y la apariencia jurídica. Por otro lado, junto con los concursos con premio (arts. 1807 y ss.), constituyen, como lo ha señalado la doctrina, un fenómeno sociológico y jurídico de relevancia, con trascendencia y difusión que excede las fronteras nacionales, lo que evidencia la importancia, conocimiento e interés de todo el grupo social⁷³⁸.

Art. 1804 *Plazo expreso o tácito.* La promesa formulada sin plazo, expreso ni tácito, caduca dentro del plazo de seis meses del último acto de publicidad, si nadie comunica al promitente el acaecimiento del hecho o de la situación prevista.

I) Resumen

La norma determina un plazo de caducidad para la promesa pública de recompensa, para los supuestos de ausencia de un plazo expreso o tácito. El término fijado es de seis meses, a partir del último acto de difusión de la promesa.

⁷³⁷ *Supra*, comentario al art. 725.

⁷³⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *La promesa pública de recompensa*, en AA. VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 531.

II) Concordancias

Plazo en los actos jurídicos (art. 350); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); promesa pública de recompensa (art. 1803); revocación de la promesa pública de recompensa (art. 1805); concurso público (art. 1807).

III) Interpretación de la norma**III.1) Plazo expreso o tácito de la promesa de recompensa**

La indeterminación del destinatario de la promesa de recompensa plantea el interrogante lógico del fin de su eficacia vinculante.

Lógicamente, la necesidad de tutela de la confianza o apariencia disminuye con el transcurso temporal desde la difusión de la promesa, y es en ese ámbito en el que debe interpretarse la norma en análisis.

En tanto se trata de actos jurídicos voluntarios, el plazo puede determinarse por el propio promitente, sea de un modo expreso o tácito⁷³⁹. Ése será el supuesto normal, aunque su omisión es suplida por la norma.

III.2) Caducidad de la promesa de recompensa

Ausente la previsión de plazo, queda en el criterio del legislador establecer el momento en que ha de considerarse extinguida la promesa pública de recompensa ya que no resulta adecuada una indefinición en el tema, ni puede suponerse una obligatoriedad *sine die*.

En el caso en estudio se determina un término de seis meses, que ha de contarse desde el último acto de difusión de la promesa y que se renueva en caso de nuevas comunicaciones.

La caducidad se opera en el supuesto de que ninguna persona hu-

⁷³⁹ Sobre plazo tácito, ver comentario al art. 887 del Código. Se ha señalado en doctrina que el plazo tácito es el que no está fijado por las partes, pero se deduce de la naturaleza misma del compromiso (CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *De-recho...* cit., t. I, p. 227).

quiera comunicado al promitente la existencia del hecho o circunstancia que hace exigible el compromiso unilateral.

Nótese que la norma no exige la recepción de la noticia por el promitente⁷⁴⁰. Bastará pues cualquier conducta de comunicación susceptible de llegar al conocimiento del promitente para evitar la caducidad de la promesa de recompensa.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1803, apartado IV.

Art. 1805 Revocación. La promesa sin plazo puede ser retractada en todo tiempo por el promitente. Si tiene plazo, sólo puede revocarse antes del vencimiento, con justa causa. En ambos casos, la revocación surte efecto desde que es hecha pública por un medio de publicidad idéntico o equivalente al utilizado para la promesa. Es inoponible a quien ha efectuado el hecho o verificado la situación prevista antes del primer acto de publicidad de la revocación.

D) Resumen

La norma establece el principio de libre revocación de la promesa pública de recompensa sin plazo, y la necesidad de justa causa en el caso opuesto. En todos los supuestos, previa publicidad de la voluntad de revocación por medio equivalente al de difusión de la propuesta, y sin eficacia si antes de la comunicación inicial se ha verificado el hecho o circunstancia que hace exigible la promesa.

II) Concordancias

Retractación de la oferta (art. 975); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); promesa pública de recompensa (art. 1803); plazo de la promesa pública de recompensa (art. 1804); concurso público (art. 1807).

⁷⁴⁰ Como ocurre respecto de la aceptación de la oferta: art. 980 del Código.

III) Interpretación de la norma**III.1) Revocabilidad de la promesa de recompensa**

La norma autoriza al promitente a la libre revocación de la promesa de recompensa, sujeto a dos condiciones: la ausencia de plazo y la difusión de la revocación por un medio equivalente al usado para la promesa de recompensa.

Para el supuesto de existencia de plazo se requiere justa causa, concepto sobre el cual la norma no ofrece precisiones adicionales, y publicidad de la revocación en la forma previamente indicada.

No se exige conocimiento de la revocación, atento a la indeterminación de la promesa al público.

III.2) Inoponibilidad de la revocación

Si una de las razones que justifican el reconocimiento de la eficacia vinculante de la promesa al público es la protección de la confianza o apariencia, resulta consistente privilegiar esa circunstancia aun en los casos en los que la revocación es autorizada por la norma.

De allí que el tercero que ha efectuado el hecho o se encuentra en la situación descrita por la promesa de recompensa antes del primer acto de difusión de la revocación mantiene su derecho a exigir la prestación.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1803, apartado IV.

Art. 1806 *Atribución de la recompensa. Cooperación de varias personas.* Si varias personas acreditan por separado el cumplimiento del hecho, los requisitos o la situación previstos en la promesa, la recompensa corresponde a quien primero lo ha comunicado al promitente en forma fehaciente.

Si la notificación es simultánea, el promitente debe distribuir la recompensa en partes iguales; si la prestación es indivisible, la debe atribuir por sorteo.

Si varias personas contribuyen a un mismo resultado, se aplica lo que los contribuyentes han convenido y puesto en conocimiento del promitente por medio fehaciente.

A falta de notificación de convenio unánime, el promitente entrega lo prometido por partes iguales a todos y, si es indivisible, lo atribuye por sorteo; sin perjuicio de las acciones entre los contribuyentes, las que en todos los casos se dirimen por amigables componedores.

D) Resumen

La norma establece las reglas aplicables a los supuestos de concurrencia o cooperación de varias personas que pueden tener derecho a recibir la recompensa objeto de la promesa. Se determina la conducta a seguir por el promitente para liberarse, sin perjuicio de las acciones entre los contribuyentes que se creyeren con derecho a recibir la prestación.

II) Concordancias

Obligaciones divisibles (art. 805); división de la obligación (art. 808); obligaciones indivisibles (art. 815); obligaciones mancomunadas (art. 825); efecto liberatorio del pago (art. 883); arbitraje de amigables componedores (art. 1652); promesa pública de recompensa (art. 1803).

III) Interpretación de la norma**III.1) Supuestos de conflicto en el pago de la recompensa**

El artículo 1806 prevé diferentes hipótesis en las cuales puede plantearse un conflicto por el pago de la recompensa, sea por la existencia de una pluralidad de sujetos respecto de quienes se ha verificado el hecho o circunstancia jurídicamente relevante (art. 1803 del Código), o por la presencia de esfuerzos conjuntos de varias personas que contribuyeron a la obtención del resultado necesario para la exigibilidad de la promesa.

Se trata de soluciones que intentan ofrecer una respuesta equitativa para el conflicto (de allí la remisión a amigables componedores que hace la norma), y que han de considerarse supletorias de la ausencia de previsión expresa en los términos difundidos de la promesa de recompensa.

III.2) *Primer supuesto: concurrencia de varias personas sin esfuerzos de cooperación*

El caso inicial previsto por el artículo 1806 se refiere a la verificación del hecho o circunstancia referido en la promesa, el que es acreditado por varias personas.

Esa concurrencia es ajena a la actuación coordinada o cooperante de los pretendidos acreedores, lo que es materia de la segunda parte de la norma.

Aquí se establece una solución simple, que respeta el principio de primero en el tiempo, mejor en el derecho⁷⁴¹; quien primero comunicó⁷⁴² (y por supuesto, acredite su afirmación) por medio fehaciente al promitente, será el acreedor de la recompensa.

En caso de comunicación simultánea, la recompensa debe distribuirse por partes iguales, salvo que la prestación fuere indivisible (art. 815 del Código), supuesto en el cual la asignación será resuelta por azar.

III.3) *Segundo supuesto: concurrencia de varias personas con esfuerzos de cooperación*

Los párrafos finales del artículo 1806 se refieren a los casos de cooperación o coordinación entre varios sujetos, respecto de quienes se verifica el hecho o circunstancia que hace exigible la promesa.

⁷⁴¹ Que Messineo (*Manual...* cit., t. VI, p. 224) denomina en este caso "principio de prevención".

⁷⁴² La norma se refiere a comunicación fehaciente, pero prescinde del conocimiento del promitente. Aunque en la mayoría de los casos esa última circunstancia puede no ser relevante, pueden existir situaciones de notificación fehaciente (por ejemplo, carta documento devuelta por error del correo) sin conocimiento. En esos supuestos, habrá de juzgarse el efecto liberatorio del pago conforme las reglas del art. 883 del Código.

La solución por defecto, lógica con la situación que puede esperarse en esfuerzos cooperativos, es respetar lo convenido por los cooperantes, en tanto se haya comunicado de modo fehaciente al promitente lo acordado.

En caso de ausencia de convenio o su notificación fehaciente, la recompensa debe dividirse en partes iguales, o entregarse por sorteo para el supuesto de indivisibilidad (art. 815 del Código).

Al igual que en el escenario de la sección precedente, la división por partes iguales reconoce la mancomunación como supuesto corriente y el principio de división igualitaria (art. 808 del Código), que cede en el caso de prestación indivisible.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1803, apartado IV.

SECCIÓN 3ª

CONCURSO PÚBLICO

Art. 1807 *Concurso público.* La promesa de recompensa al vencedor de un concurso, requiere para su validez que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos.

El dictamen del jurado designado en los anuncios obliga a los interesados. A falta de designación, se entiende que la adjudicación queda reservada al promitente.

El promitente no puede exigir la cesión de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada si esa transmisión no fue prevista en las bases del concurso.

I) Resumen

La norma ratifica la obligatoriedad de la promesa de recompensa, en este caso vinculada con la existencia de un concurso público. Se prevé el carácter optativo de la adjudicación del premio vía un jurado, y el reconocimiento de la titularidad de la obra en cabeza del participante, salvo previsión en contrario en las bases del concurso.

II) Concordancias

Oferta (art. 972); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); promesa pública de recompensa (art. 1803); decisión del jurado del concurso público (art. 1809).

III) Interpretación de la norma

III.1) Concurso público y promesa pública de recompensa

Aunque incorporada en una sección separada, la promesa de recompensa prevista por la norma en análisis presenta elementos comunes con el instituto regulado por los artículos 1803 y siguientes. Pero también diferencias que le dan un perfil singular y justifican su tratamiento separado.

Por un lado, es necesaria aquí una conducta activa y voluntaria de un sujeto para participar en el concurso. Por el otro, se elimina el azar como elemento de asignación del premio⁷⁴³, y se autoriza una limitación subjetiva de los destinatarios de la promesa (art. 1808 del Código).

III.2) Contenido de la promesa de recompensa en el concurso público

La norma condiciona la eficacia obligatoria de la promesa de recompensa en el concurso público a la difusión del plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos.

Se trata de una solución no exenta de controversia: pareciera que la omisión del promitente en este caso debería operar en su perjuicio, y no en el de terceros que confían en la apariencia generada por la promesa de recompensa.

III.3) Adjudicación del premio. Obligatoriedad del dictamen del jurado

Aunque es frecuente en la práctica, el artículo 1807 no exige que la adjudicación del premio del concurso deba ser objeto de una decisión

⁷⁴³ Compárese con lo previsto en el art. 1806 previamente comentado.

de terceros distintos del promitente, conocidos como "jurado". Pero sí prevé que si aquél existe, su decisión es obligatoria.

En tanto la decisión del jurado es objeto del artículo 1809, allí remitimos para consideraciones adicionales.

En ausencia de jurado, la determinación del premio corresponde al promitente, y aunque la norma no lo dice expresamente la decisión es también vinculante, salvo manifiesta arbitrariedad⁷⁴⁴.

III.4) Derechos patrimoniales sobre la obra premiada

El derecho moral de autor (propiedad intelectual) corresponderá siempre al concursante, e igual solución se prevé como regla supletoria respecto de los derechos patrimoniales o de explotación. Esto es, a menos que en las bases del concurso se prevea expresamente la cesión de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada, con las condiciones correspondientes, el promitente no tiene derecho a la explotación patrimonial de la obra, ni a exigir su cesión.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1803, apartado IV.

Art. 1808 Destinatarios. La promesa referida en el artículo 1807 puede ser efectuada respecto de cualquier persona o personas determinadas por ciertas calidades que deben ser claramente anunciadas. No pueden efectuarse llamados que realicen diferencias arbitrarias por raza, sexo, religión, ideología, nacionalidad, opinión política o gremial, posición económica o social, o basadas en otra discriminación ilegal.

I) Resumen

La norma autoriza la restricción de las personas que pueden participar del concurso público, en tanto por esa vía no se realice una discriminación ilegal.

⁷⁴⁴ Ver más abajo comentario al art. 1809, apartado III.1.

II) Concordancias

Declaración unilateral de voluntad (art. 1800); promesa pública de recompensa (art. 1803); concurso público (art. 1807); decisión del jurado del concurso público (art. 1809).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Destinatarios del concurso público*

A pesar de los elementos comunes con la promesa de recompensa, el concurso público puede naturalmente estar limitado a un colectivo de personas que cumplan determinados criterios o calidades establecidas por el promitente.

Esa situación es contemplada por el artículo 1808, que admite restricciones —las que han de ser necesariamente anunciadas en las bases del concurso— respecto de los sujetos elegibles para participar en el concurso público.

Además de su publicidad, las limitaciones han de respetar las normas legales que prohíben la discriminación⁷⁴⁵.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1803, apartado IV.

Art. 1809 *Decisión del jurado.* El dictamen del jurado obliga a los interesados. Si el jurado decide que todos o varios de los concursantes tienen el mismo mérito, el premio es distribuido en partes iguales entre los designados. Si el premio es indivisible, se adjudica por sorteo. El jurado puede declarar desierto cualquiera de los premios llamados a concurso.

⁷⁴⁵ Podría cuestionarse la necesidad de una salvedad como la que realiza la norma en análisis, atento a las reglas generales sobre el objeto del acto jurídico. De todos modos, se ha señalado en doctrina que más allá de previsiones de orden constitucional (incluyendo tratados internacionales) y otras normas que prohíben la discriminación, “siempre es positivo que de alguna manera quede reglamentado en normas infraconstitucionales, más aún en el Código Civil, de alcance y aplicación nacional” (GALMARINI, *Gestión...* cit., p. 980).

I) Resumen

La norma reglamenta la asignación del premio por el jurado, cuyo dictamen se reputa obligatorio. Se autoriza la determinación de una pluralidad de ganadores, e incluso la declaración de la ausencia de ellos.

II) Concordancias

Obligaciones divisibles (art. 805); división de la obligación (art. 808); obligaciones indivisibles (art. 815); obligaciones mancomunadas (art. 825); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); promesa pública de recompensa (art. 1803); atribución de la recompensa (art. 1806); concurso público (art. 1807).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Decisión del jurado en el concurso público*

El artículo 1809 reitera la obligatoriedad del dictamen del jurado⁷⁴⁶ y establece soluciones particulares para la asignación del premio.

Se permite la adjudicación conjunta ante la igualdad de méritos, supuesto en el cual cabe la distribución en partes iguales (prestación divisible) o por azar (prestación indivisible), de modo análogo a lo dispuesto por el artículo 1806 para la atribución de recompensa.

Por otro lado, y de modo distinto a lo que se prevé para la promesa al público, se autoriza al jurado a declarar desierto cualquiera de los premios del concurso⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ El que, recordamos, es opcional ya que la decisión puede reservarse al propio promitente (*supra*, comentario al art. 1807). Cabe señalar que la obligatoriedad de la resolución del jurado no impide en nuestra opinión su cuestionamiento en sede jurisdiccional, en los casos de arbitrariedad manifiesta o claro apartamiento de las bases del concurso.

⁷⁴⁷ La distinción con la promesa pública de recompensa es en este punto manifiesta, en tanto en aquella la obligación del promitente podía surgir aun sin una actividad específica del sujeto con derecho a la prestación (ver comentario al art. 1803, apartado III.2). En el concurso público, en cambio, se supone una conducta activa, y un escenario competitivo entre los participantes, susceptible de comparación y sujeta a un juicio de valoración o mérito cuyo umbral puede no ser alcanzado.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1803, apartado IV.

SECCIÓN 4ª

GARANTÍAS UNILATERALES

Art. 1810 *Garantías unilaterales.* Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos.

El pago faculta a la promoción de las acciones recursorias correspondientes.

En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro.

I) Resumen

La norma establece el régimen legal de las garantías unilaterales o abstractas, adscribiéndolas a la declaración unilateral de voluntad como categoría general.

Se establece su independencia respecto de la relación jurídica que causa su creación, la existencia de acciones de regreso como consecuencia del pago, y la posibilidad de excepciones de interrumpir causalmente la obligación de pago.

II) Concordancias

Acto abstracto (art. 283); declaración unilateral de voluntad (art.

1800); sujetos que pueden emitir las garantías unilaterales (art. 1811); forma de la garantía unilateral (art. 1812).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Las garantías “a primera demanda” y sus variantes*

Resulta claro del texto legal que la presencia de una garantía con el régimen que le asignan los artículos 1810 y siguientes no depende de la denominación utilizada, sino de la característica de su abstracción o independencia que se plasma en la parte final de su primer párrafo.

Así, suelen utilizarse expresiones adicionales a las referidas por la norma, como “garantías abstractas”, “garantías autónomas”, “garantías a primera demanda”⁷⁴⁸. Ellas u otras referencias análogas quedan alcanzadas por el artículo 1810, en tanto su régimen legal o el contenido de la voluntad unilateral independice el pago de la obligación de garantía de las defensas o excepciones que el ordenante pudiera hacer valer.

III.2) *Sujetos que intervienen en la operación de garantía*

Aunque no puede discutirse en el marco del Código que la calificación jurídica de estas garantías se ciñe a una manifestación de voluntad unilateral y no contractual, en la operación de garantía intervienen típicamente tres sujetos, lo que debe ser tenido en cuenta para una cabal interpretación del artículo 1810, que los menciona.

Así, en el supuesto de hecho típico, se encuentra al denominado ordenante⁷⁴⁹, que es quien resulta sujeto pasivo de una relación obligatoria con otro sujeto (el acreedor, que será típicamente el beneficiario

⁷⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Las garantías a primera demanda*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2, 1993, p. 97; ALEGRIA, Héctor, *Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho moderno y en el Proyecto de Unificación argentino*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 1987-685.

⁷⁴⁹ También identificado como “principal”: BORETTO, Mauricio, *Las garantías patrimoniales: reflexiones sobre las “garantías a primera demanda”*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 5 (2012), p. 300.

de la garantía), y solicita a un tercero (el garante) la emisión de la garantía (mediante la cual se garantiza el pago de la obligación del ordenante)⁷⁵⁰.

III.3) *El concepto de garantía unilateral en el artículo 1810 del Código y el objeto de la garantía*

En tanto la fianza se presenta como un contrato por el cual una persona se obliga accesoriamente a satisfacer una prestación ajena en el caso de incumplimiento⁷⁵¹, la garantía unilateral reniega de la bilateralidad en su origen y de la accesoriedad en su régimen jurídico.

Sin embargo, y a pesar de lo que sugiere la literalidad de expresiones como “a primer requerimiento”, no se excluye del ámbito de la norma a garantías en las cuales el beneficiario deba exhibir al garante documentación adicional o complementaria⁷⁵².

La clave de la categoría en análisis es la independencia de la obligación del garante, tema que se analiza en el apartado siguiente.

Respecto del objeto de la garantía, aunque típicamente se debe pagar una suma de dinero, no se excluyen de la norma contenidos diferentes para la obligación del garante⁷⁵³.

III.4) *La independencia de la garantía unilateral*

Se ha dicho sobre este tema que el instituto en análisis se caracteriza

⁷⁵⁰ En otros términos, se ha señalado que “estamos en presencia de una relación triangular, ordenante-banco-beneficiario, en la que las partes están vinculadas por medio de contratos diferentes que participan y configuran la operación de garantía que podemos considerar unitaria en su función económica pero disgregada en su calificación jurídica. Encontramos tantos contratos como relaciones aparecen en la operación: la relación garante-beneficiario (contrato de garantía), la relación ordenante-garante (contrato de contragarantía), y la relación que vincula al ordenante y al beneficiario (contrato principal o subyacente)” (SACRISTÁN, Fernando, *La oposición de excepciones por reclamación indebida en las garantías autónomas a primera demanda*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 111 [2008], p. 236).

⁷⁵¹ *Supra*, comentario al art. 1574 del Código.

⁷⁵² Es el caso de las denominadas “garantías documentarias”: SÁNCHEZ CALE-RO, Fernando, *Garantías a primer requerimiento*, en AA. VV., *Las garantías a primer requerimiento*, Civitas, Madrid, 1996, ps. 46 y ss.

⁷⁵³ De allí la referencia a “otra prestación determinada”.

por la independencia, autonomía o abstracción frente a la relación subyacente, que garantiza y que le da vida⁷⁵⁴.

La eficacia de las garantías unilaterales depende en instancia final de la recepción normativa de esa característica, y de su interpretación jurisprudencial ante planteos del garante que tiendan a diluir esa característica vía alegaciones de fraude o abuso.

La garantía unilateral es una obligación propia, no la promesa de pago de una deuda preexistente, lo que representa una modalidad de intercesión: se asume un compromiso en consideración a una determinada obligación ajena pero por un título distinto a aquel por el cual se obligó el principal deudor⁷⁵⁵.

De esa característica se desprende la independencia de la garantía unilateral respecto de cualquier defensa o excepción que el ordenante pudiera tener en virtud de la relación subyacente: éstas son jurídicamente extrañas al deber del garante.

III.5) *Acciones recursorias luego del pago*

Una consecuencia natural de la multiplicidad de relaciones jurídicas que circundan a las garantías unilaterales⁷⁵⁶ es la existencia de plurales acciones recursorias, que genéricamente admite la norma en estudio.

Se ha señalado que después del pago pueden presentarse diversas acciones de repetición⁷⁵⁷:

- a) *Garante contra ordenante*: normalmente mediante la realización de la “contragarantía” (depósitos o activos líquidos exigidos para otorgar la garantía).
- b) *Ordenante contra beneficiario*: para los supuestos de cobro

⁷⁵⁴ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *La carta de crédito contingente*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 85 (2002), p. 14.

⁷⁵⁵ FERNÁNDEZ, Leonardo, *La adopción de medidas cautelares en materia de garantías bancarias a primera demanda*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2 (2010), p. 268. Sobre el negocio intercesorio y sus diferentes manifestaciones, ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid, 2000, ps. 127 y ss.

⁷⁵⁶ *Supra*, apartado III.2 de este comentario.

⁷⁵⁷ BORETTO, *Las garantías...* cit., ps. 300 y 301.

indebido de la garantía (por ejemplo, por nulidad del negocio subyacente o pago previo).

- c) *Garante contra beneficiario*: sea por previsión expresa de la garantía⁷⁵⁸, por vía de acción subrogatoria ante la inacción del ordenante, por el cobro indebido de la garantía.

III.6) *Fraude o abuso y medidas cautelares*

La independencia característica de las garantías unilaterales –núcleo central de la figura y diferencia primaria con accesoriedad típica de las garantías– conlleva la posibilidad de que el beneficiario exija su cumplimiento, aun cuando la relación subyacente no hubiera sido incumplida⁷⁵⁹.

En este punto, la opción del legislador es fundamental para que la garantía unilateral sea una alternativa superadora de la fianza y su accesoriedad. Si bien conductas abusivas o fraudulentas no pueden ser coonestadas por el ordenamiento jurídico, la balanza debe inclinarse para la pretensión del beneficiario cuando exista un conflicto de intereses con el ordenante o garante⁷⁶⁰.

A esa solución apunta el párrafo final del artículo 1810 del Cód-

⁷⁵⁸ Parte final del primer párrafo del art. 1810: "...aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos".

⁷⁵⁹ Se ha señalado que "de la mano de la aparición de este nuevo fenómeno en el ámbito de las garantías, apareció el fantasma de la utilización abusiva o fraudulenta de los títulos ejecutivos autoliquidativos; razón que ha motivado la necesidad de pensar en instrumentos legales que lo impidan" (BORETTO, Mauricio y DELLA SAVIA, Beatriz, *Algunas reflexiones acerca de las garantías a primera demanda en el Derecho argentino. Límites a la ejecución privada: el abuso y el fraude. Su prueba. A propósito del precedente "SA Lito Gonella"*, en FAHRI, Diana y GEBHARDT, Marcelo [coords.], *Derecho Económico Empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 2*).

⁷⁶⁰ De allí que, como lo afirma Sánchez Calero (*Garantías...* cit., p. 52), "la consideración de la importancia de las excepciones debe ser admitida con reservas, a fin de evitar que un reconocimiento excesivo de excepciones en favor del banco no desvirtúe la función económica y naturaleza jurídica de las garantías bancarias como compromisos independientes de la obligación principal". También propone un criterio restrictivo para la concesión de cautelares FERNÁNDEZ, *La adopción...* cit., p. 278.

go, que no es una excepción a la regla de independencia de la garantía, sino una limitación a un comportamiento antijurídico del beneficiario.

Conforme lo previsto por la norma, para que pueda obtenerse por el garante u ordenante⁷⁶¹ una medida cautelar⁷⁶² que suspenda el pago de la garantía hasta que se preste una caución suficiente:

- a) Debe existir un supuesto de fraude o abuso manifiestos: aunque se trata de una cuestión evidentemente casuística⁷⁶³, se alcanzan supuestos de falta de autenticidad o falsificación de documentos, o ausencia de cualquier base para el reclamo del beneficiario.
- b) La prueba del fraude o abuso debe ser de fácil producción y examen, lo que normalmente corresponderá a la evidencia instrumental⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Nótese que más allá de que el obligado por la garantía es el garante, el ordenante es quien debe afrontar en vía recursoria (*supra*, apartado III.5 de este comentario) el pago realizado al beneficiario. De allí la legitimación que la norma le otorga.

⁷⁶² Aunque en la Argentina la cuestión no ha estado presente en los repertorios jurisprudenciales de manera habitual, es una referencia obligada la sentencia en "SA Lito Gonella", citada en nota 59, y objeto de análisis de la doctrina en los trabajos citados en nota 46 y nota 50.

⁷⁶³ Así Sacristán (*La oposición...* cit., p. 250) indica que la cuestión debe juzgarse "caso por caso, sin que sea posible ofrecer una fórmula que, con carácter general, permita enjuiciar la improcedencia de la reclamación".

⁷⁶⁴ Típicamente, el ordenante tendrá la información que podría justificar el no pago de la garantía. Pero el garante es el responsable directo de la obligación, y no debe cargar con el riesgo de la insuficiencia probatoria (ALEGRIA, Héctor, *Las garantías a primer requerimiento [garantías a primera demanda]*, en AA. VV., *Las garantías...* cit. en nota 43, p. 81). Se hace en ocasiones referencia a la necesidad de "prueba líquida", de la que surja el *funnum iuris* de modo claro y terminante (KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las garantías...* cit., p. 134, quien agrega que "se ha considerado tal, el certificado que constata que la empresa constructora ha cumplido sus obligaciones, o que las mercaderías han llegado al puerto; también un laudo arbitral, pasado en autoridad de cosa juzgada, que declara que el contrato es nulo por contrariedad al orden público o a las buenas costumbres, o a causa de la conducta del beneficiario. En cambio no es prueba líquida la declaración jurada del ordenante o del tercero, las presunciones, la prueba testimonial o, en general, cualquier otro medio probatorio que requiera completividad y tiempo para su producción").

No resulta válida la estipulación en la garantía de que ésta deberá hacerse efectiva aun en contra de una orden judicial⁷⁶⁵.

III.7) *Garantías unilaterales en el comercio internacional: Reglas de la CCI*

Las previsiones de los artículos 1810 y siguientes pueden no resultar aplicables en operaciones internacionales, donde convencionalmente o por la existencia de normas de reenvío corresponda la aplicación de otras reglas.

En el comercio internacional suele convencionalmente recurrirse a las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, que cuentan con una reciente versión con vigencia desde el 1º de julio de 2010⁷⁶⁶.

IV) Significado de la reforma

Aun cuando la posibilidad de utilización de garantías unilaterales encuadrables en el texto del artículo 1810 del Código era aceptada por la doctrina⁷⁶⁷ y la jurisprudencia⁷⁶⁸, su previsión expresa es relevante.

Se elimina cualquier incertidumbre que pudiera existir acerca de la validez de la figura, pero sobre todo se la dota de una regulación concisa, respetuosa de las diferentes variantes que pueden presentarse en la práctica y que contempla de manera adecuada la nota de independencia que distingue a las garantías unilaterales.

Art. 1811 *Sujetos.* Pueden emitir esta clase de garantías:

- a) las personas públicas;

⁷⁶⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI. *Las garantías...* cit., p. 138, quien las considera inválidas por importar una renuncia anticipada al derecho inderogable de obtener tutela jurisdiccional.

⁷⁶⁶ Ver sobre el tema DÍAZ MORENO, Alberto, *Las nuevas reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 124 (2011), p. 7.

⁷⁶⁷ *Supra*, referencias en nota 39.

⁷⁶⁸ Ver, por ejemplo, CNCom., sala D, 14-10-2008, "Banco Maero SA c/Agua Argentinas SA", L. L. Online; sala F, 10-6-2010, "SA Lito Gonella e Hijo ICFI c/Bisa Seguros de Reaseguros SA y otros", L. L. Online, AR/JUR/38814/2010.

- b) las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no responden ilimitadamente;
- c) en cualquier caso, las entidades financieras y compañías de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas.

I) Resumen

La norma determina una limitación a la posibilidad de obligarse por la emisión de garantías unilaterales, excluyendo a las personas físicas y a las personas jurídicas privadas con responsabilidad ilimitada de sus socios.

II) Concordancias

Capacidad de derecho (art. 22); personas públicas (arts. 145 y 146); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); garantía unilateral (art. 1810); forma de la garantía unilateral (art. 1812).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Limitación a la posibilidad de obligarse por garantías unilaterales*

El artículo 1811 realiza una enunciación taxativa de los sujetos que pueden obligarse por garantías unilaterales:

- a) Personas públicas: se trata de una de las dos especies de personas jurídicas que reconoce el Código en su artículo 145, y la referencia corresponde a los sujetos mencionados por el artículo 146 del Código⁷⁶⁹.
- b) Personas jurídicas privadas cuyos integrantes no responden de manera ilimitada: corresponde a la mención no taxativa del artículo 148 del Código, pero que ha de acotarse a los entes allí mencionados cuyos socios, fundadores o integrantes no respondan ilimi-

⁷⁶⁹ Son las personas tradicionalmente reconocidas como de "Derecho Público". Ver *supra*, comentario al art. 146, y el art. 149 referido al carácter privado del ente con participación estatal.

tadamente. Nótese que aunque en la práctica la responsabilidad ilimitada va de la mano de la solidaridad, el criterio de exclusión no considera a esta última característica como relevante.

- c) Cualquier entidad financiera, compañía de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas. La interpretación de esta parte de la norma es la que más interrogantes puede plantear. Por un lado, es claro que las personas jurídicas que actúan en el sector financiero o asegurador tienen la capacidad para obligarse en virtud de garantías unilaterales⁷⁷⁰. Pero en lo que hace a los exportadores e importadores, podría plantearse el interrogante acerca de la posibilidad de que personas humanas pudieran otorgar este tipo de garantías. Creemos que, considerando la finalidad tuitiva de la norma⁷⁷¹, esa alternativa debe descartarse⁷⁷².

III.2) Fundamentos de la limitación legal

Aunque no existen normas generales que impidan la asunción de obligaciones por actos abstractos⁷⁷³, ni obstáculos para la realización de actos con efectos análogos a la garantía unilateral⁷⁷⁴, las personas humanas no tienen capacidad para obligarse bajo la modalidad en análisis.

Se trata de una solución que responde a un evidente propósito de protección de la persona humana, que presenta vínculos con la disciplina de defensa del consumidor, y ha sido propiciada por la doctrina, incluso con mayor amplitud para la restricción de otorgamiento⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Por supuesto, sujeto a las normas específicas sectoriales, que podrán no autorizar esa modalidad de garantía, o condicionarla a circunstancias particulares.

⁷⁷¹ *Infra*, apartado III.2 de este comentario.

⁷⁷² Considérese, además, que por definición (sin perjuicio de algunas excepciones) la persona humana afecta la totalidad de su patrimonio al cumplimiento de sus obligaciones (arg. art. 242 del Código).

⁷⁷³ *Supra*, art. 283.

⁷⁷⁴ Así, por ejemplo, el otorgamiento de aval para obligaciones incorporadas a un título valor. Sobre este tema, con una referencia necesaria a la situación del consumidor, ALEGRIA, Héctor, *El aval*, 2ª ed. act. y ampl. por Martín E. Paolantonio, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 139 y 140.

⁷⁷⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las garantías...* cit., ps. 102 y 103; ALEGRIA, *Las garantías abstractas...* cit., p. 737, quien afirma (respecto de la restricción

IV) Significado de la reforma

Ver *supra*, comentario al artículo 1810, apartado IV.

Art. 1812 Forma. Las garantías previstas en esta Sección deben constar en instrumento público o privado.

Si son otorgadas por entidades financieras o compañías de seguros, pueden asumirse también en cualquier clase de instrumento particular.

I) Resumen

A menos que se trate de garantías otorgadas por entidades financieras o compañías de seguros, se requiere el instrumento público o privado como forma de la garantía unilateral.

II) Concordancias

Instrumentos privados y particulares no firmados (art. 287); instrumento público (art. 289); instrumentos privados y particulares (art. 313); valor probatorio del instrumento particular (art. 319); contratos formales (art. 969); forma de la carta de crédito (art. 1802); garantía unilateral (art. 1810); capacidad para el otorgamiento de garantías unilaterales (art. 1811).

III) Interpretación de la norma

III.1) Las garantías unilaterales como actos formales

La norma exige como condición de validez de la garantía unilateral (con la excepción de su parte final) a la forma escrita, sea por instrumento público (art. 289 del Código) o por instrumento privado.

Se trata de un apartamiento de la regla de libertad de formas que

presente en el Proyecto de Unificación de 1987) que “parece prudente la no admisión de una garantía abstracta fuera de los ámbitos dentro de los cuales normalmente pueden ser comprendidos los efectos de una institución similar”.

rige en el ámbito contractual (art. 969 del Código), pero no ajena a la regulación de este tipo de garantías⁷⁷⁶.

III.2) *Las garantías unilaterales emitidas por entidades financieras y aseguradoras*

Para el supuesto del acápite, se admite la garantía unilateral bajo la modalidad de instrumento particular, categoría que alcanza a los documentos escritos que no incluyen firma alguna (manuscrita o digital)⁷⁷⁷.

Aunque la eficacia probatoria de los instrumentos particulares es más limitada que la del instrumento privado⁷⁷⁸, la referencia del artículo 319 a los “usos y prácticas del tráfico” asume en este caso una singular trascendencia para el intérprete.

IV) Significado de la reforma

Ver *supra*, comentario al artículo 1810, apartado IV.

Art. 1813 Cesión de garantía. Los derechos del beneficiario emergentes de la garantía no pueden transmitirse separadamente del contrato o relación con la que la garantía está funcionalmente vinculada, antes de acaecer el incumplimiento o el plazo que habilita el reclamo contra el emisor, excepto pacto en contrario. Una vez ocurrido el hecho o vencido el plazo que habilita ese reclamo, los derechos del beneficiario pueden ser cedidos independientemente de cualquier otra relación. Sin perjuicio de ello, el cesionario queda vinculado a las eventuales acciones de repetición que puedan corresponder contra el beneficiario según la garantía.

I) Resumen

Salvo pacto en contrario, la norma limita la posibilidad de cesión

⁷⁷⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las garantías...* cit., p. 111, quien afirma que la forma escrita es unánimemente exigida por la doctrina europea para las garantías a primera demanda.

⁷⁷⁷ *Supra*, comentario al art. 288, t. II, p. 118.

⁷⁷⁸ *Supra*, comentario al art. 319, t. II, p. 237.

singular de la garantía si la relación subyacente vinculada a la garantía no se encuentra en una situación de exigibilidad. En el supuesto de cesión, el cesionario queda sujeto a la eventual acción de repetición contra el beneficiario.

II) Concordancias

Libertad de cesión de derechos (art. 1616); declaración unilateral de voluntad (art. 1800); garantía unilateral (art. 1810); capacidad para el otorgamiento de garantías unilaterales (art. 1811).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Cesión de la relación subyacente y de la garantía unilateral*

Aunque desde el punto de vista jurídico la relación subyacente y la de garantía no sólo son relaciones jurídicas distintas, sino incluso estancas en cuanto a la oposición de excepciones⁷⁷⁹, existe una evidente conexión económica entre ambas.

La autonomía o independencia de la declaración unilateral de voluntad en análisis no puede exacerbarse al punto tal de aceptar como regla una transmisión separada de la garantía unilateral.

La cuestión ha sido objeto de debate en la doctrina⁷⁸⁰, y el Código adopta una posición clara en la cuestión:

- a) Si la relación base o subyacente admite la cesión singular o separada de la garantía, esa alternativa es posible.
- b) En defecto de autorización (sea inicial o posterior), la cesión de la garantía sólo es viable en el supuesto de exigibilidad de la obligación garantizada⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ Ver comentario al art. 1810, apartado III.4.

⁷⁸⁰ Ver referencias en KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Las garantías...* cit., ps. 141 y ss., y DÍAZ MORENO, *Las nuevas reglas uniformes...* cit., p. 39, quien sostiene que se trata de la postura mayoritaria de la doctrina.

⁷⁸¹ En este supuesto, en rigor, se está cediendo el crédito o derecho a la prestación del garante.

III.2) Cesión de la garantía y acciones recursorias

La norma prevé que el nuevo acreedor (cesionario) de la garantía unilateral queda sujeto a las eventuales acciones recursorias que sigan del pago de la garantía⁷⁸².

Es una solución de carácter dispositivo y no imperativo, que supone la subsistencia de la posición de deudor, aunque eventual, del beneficiario original de la garantía ante las acciones de repetición⁷⁸³.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1810, apartado IV.

Art. 1814 Irrevocabilidad. La garantía unilateral es irrevocable a menos que se disponga en el acto de su creación que es revocable.

I) Resumen

La norma establece la irrevocabilidad de la garantía unilateral, salvo cláusula en contrario.

II) Concordancias

Declaración unilateral de voluntad (art. 1800); revocación de la promesa pública (art. 1805); garantía unilateral (art. 1810); capacidad para el otorgamiento de garantías unilaterales (art. 1811).

III) Interpretación de la norma**III.1) Irrevocabilidad de la declaración unilateral de voluntad**

Admitir la libre revocabilidad de una declaración unilateral de voluntad conspiraría contra las razones que justifican su admisibilidad como fuente de obligaciones⁷⁸⁴.

⁷⁸² *Supra*, comentario al art. 1810, apartado III.5.

⁷⁸³ ALEGRIA, *Las garantías abstractas...* cit., ps. 727 y 728, quien señala que la cesión del crédito (derecho a la prestación del garante) no puede importar la liberación del cedente de las eventuales responsabilidades en caso de reembolso.

⁷⁸⁴ *Supra*, comentario al art. 1800, apartado III.2.

Y en el caso de las garantías unilaterales, su valor económico sería prácticamente nulo en esa circunstancia.

Sin embargo, lo anterior no impide la conveniencia de admitir una limitación inicial, por hipótesis conocida por el beneficiario, de la irrevocabilidad de la garantía⁷⁸⁵.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1810, apartado IV.

CAPÍTULO 6

TÍTULOS VALORES

Los títulos valores en los fundamentos de la Comisión de Reformas

"En este tema se ha seguido al Proyecto de 1998, con algunas modificaciones.

"La ubicación metodológica sigue la del mentado proyecto, es decir, dentro de la declaración unilateral de voluntad.

"El articulado recepta las reglas jurídicas básicas y más aceptadas, con la finalidad de promover la circulación amplia de estos títulos y la seguridad jurídica.

"Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo. No se trata de bienes o cosas muebles registrables. Se consagra la regla de autonomía: el portador de buena fe de un título valor que lo adquirió conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores. El deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley de circulación queda liberado,

⁷⁸⁵ Es la solución también prevista por el art. 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

excepto que, al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere.

"Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hagan a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente.

"Se regulan los títulos valores cartulares, que son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado. El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.

"Se contemplan el título valor al portador, el título valor a la orden, se establecen las reglas del endoso. Se dedica una Sección completa a los títulos valores no cartulares y otra a la sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros. Son relevantes las normas sobre títulos con cotización pública.

"En general estas normas no ofrecen mayores discusiones y han sido actualizadas conforme a la normativa de los entes reguladores y los usos y prácticas".

SECCIÓN I^a

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1815 *Concepto.* Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816.

Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores.

I) Resumen

La norma transita por los carriles aceptados en nuestra doctrina para la definición de los títulos valores, subrayando a la autonomía como nota central y distintiva de la categoría jurídica que por primera vez encuentra tratamiento en el ordenamiento positivo nacional. Habida cuenta de que el documento en el que se incorpora el derecho (en los títulos valores cartulares) es típicamente una cosa mueble, la parte final del artículo tiene un propósito aclaratorio, para limitar el alcance del concepto presentado.

II) Concordancias

Definición de autonomía (art. 1816); definición de títulos valores cartulares (art. 1830); concepto de títulos impropios y documentos de legitimación (art. 1835).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El "nomen iuris"*

El Código, siguiendo la línea de los precedentes proyectos de unificación de la legislación civil y comercial, opta por la denominación "títulos valores", que aunque con una vinculación con la dogmática alemana⁷⁸⁶ se define —como se verá— siguiendo las líneas tradicionales de la doctrina italiana.

⁷⁸⁶ "Títulos valores" en el marco de su origen —el Derecho alemán—, resalta la idea de incorporación del derecho al documento, con la consiguiente objetivación de la relación jurídica obligatoria, y con prescindencia de las notas propias que a la disciplina le agregue la presencia del fenómeno circulatorio. Ello es visible, por ejemplo, en la definición de Eizaguirre: "título valor es todo documento que representa o incorpora un derecho privado de forma tal, que para el ejercicio del derecho es necesaria la tenencia del documento". A esta noción amplia de título valor, la contraponen el autor español con una más restringida, en la que el documento es también necesario para la circulación del derecho, y la protección del tercer adquirente es una propiedad específica de la disciplina (EIZAGUIRRE, José M. de, *Derecho de los títulos valores*, Thompson Civitas, Madrid, 2003, ps. 21 y ss., y 38 y ss.).

La denominación escogida, aunque no siempre favorecida por la doctrina⁷⁸⁷, es la más consistente con la tradición normativa nacional⁷⁸⁸.

III.2) Ausencia de adscripción dogmática de la norma

El concepto centraliza la noción de la categoría jurídica en la nota de autonomía, sin incluir los otros dos caracteres que tradicionalmente la doctrina adscribe a los títulos valores.

Con razón, y considerando el ubicuo fenómeno de la desmaterialización⁷⁸⁹, se mencionan a la necesidad y literalidad como caracteres propios de los títulos valores cartulares (arts. 1830 y 1831).

En la estructura del Código, el Título V del Libro Tercero se denomina *Otras fuentes de las obligaciones*, y allí se desgranar diferentes hipótesis en capítulos separados, el 5 destinado a la *Declaración unilateral de voluntad*, y el 6 a los *Títulos valores*. De allí que la norma en estudio no cierra la posibilidad de construcciones de la doctrina o interpretaciones jurisprudenciales que se aparten de la visión tradicional de los autores nacionales –para quienes la fuente de la obligación incorporada al título valor es una declaración unilateral de voluntad⁷⁹⁰–, sin que ello suponga contradicción con la norma proyectada.

⁷⁸⁷ Sin pretensión alguna de exhaustividad, mencionamos que la doctrina nacional ha preferido emplear mayoritariamente la locución “títulos de crédito” (Yadarola, Matienzo, Orione, Fernández, Williams, Giraldi, Gómez Leo, Legón, Eseuti). Otros autores (Winizky, Araya, Alegria) prefieren hablar de “títulos circulatorios”. Una denominación peculiar propuso MOLINARIO, Alberto, *Ensayo de una definición de títulos de créditos circulables*, en L. L. 1987-C-658.

⁷⁸⁸ Entre los principales textos legislativos que han utilizado la expresión “títulos valores” mencionamos a la Ley de Bolsas y Mercados de Valores 17.811 (arts. 16 y cones.), la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (art. 226), la Ley de Emergencia Económica 23.697 (art. 40), la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción 24.441 (art. 19) y el Decreto del Régimen de Transparencia en la Oferta Pública 677/2001, y de más reciente vigencia, la Ley 26.831 de Mercado de Capitales (que derogó la ley 17.811 y el decreto 677/2001).

⁷⁸⁹ Ver más abajo el comentario a los arts. 1836, 1850 y sus referencias.

⁷⁹⁰ El tema lo hemos analizado en detalle en BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., *Acciones y excepciones cambiarias*, Depalma, Buenos Aires, 1992, t. I, ps. 20 y ss.

No se ha pretendido en consecuencia forzar una posición dogmática acerca del tema de la fuente de la obligación en materia de títulos valores⁷⁹¹.

III.3) La incorporación del derecho

La referencia a la incorporación del derecho en el título valor mentada por la norma es una herramienta conceptual tradicional de la doctrina para la definición de la categoría jurídica.

Los derechos que están llamados a circular por el cauce de la cesión constituyen realidades invisibles e intangibles, y por ende, no pueden ser objeto de la protección de la confianza del tercero adquirente. La circulación de derechos en ese supuesto deviene más arriesgada y costosa que en el caso de los bienes corporales⁷⁹².

El derecho especial de los títulos valores viene a satisfacer las necesidades relativas a la seguridad en el tráfico jurídico-económico, tratando de garantizar materialmente la posición jurídica del adquirente y de facilitar, en el orden formal, el ejercicio de sus derechos⁷⁹³.

En efecto, con los títulos valores se supera el condicionamiento técnico de la incorporealidad de los derechos estableciendo un mecanismo de publicidad, cuyas informaciones puedan ser protegidas por el ordenamiento en interés del tráfico. Esto es justamente lo que hace el derecho de los títulos valores: incorporar el derecho al título y convertirlo en una cosa mueble susceptible de ser poseída, consultada y protegida, y aprovecharse de los beneficios de la apariencia o publicidad posesoria. En otras palabras, se cosifica un derecho incorporeal para sustraer su

⁷⁹¹ En la doctrina reciente, sostienen una conclusión contraria (consagración de la declaración unilateral de voluntad) PRONO, Ricardo y PRONO, Mariano, *La concepción de los títulos valores en el Proyecto de Código Civil de 2012*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012, p. 290.

⁷⁹² De allí la frase “el que adquiere un crédito adquiere, en cierto modo, una caja de sorpresas...”, correspondiente a ASCARELLI, Tulio, *Teoría general de los títulos de crédito*, Jus, México, 1947, p. 7.

⁷⁹³ PAZ ARES, Cándido, *La desincorporación de los títulos valores*, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Nº 219, 1996, ps. 7 y ss.

circulación de las desfavorables reglas del derecho de obligaciones y someterlas a las más favorables reglas del derecho de cosas⁷⁹⁴.

La incorporación es un fenómeno mucho más visible en los títulos valores cartulares, y su previsión en la norma más general del artículo 1815 del Código se vincula con el carácter constitutivo que presenta el documento en su relación con el derecho.

Aunque la presencia de un documento como continente de un derecho es común al derecho privado general que incentiva, vía sanción de nulidad o restricciones probatorias⁷⁹⁵, la instrumentalización de las obligaciones, la existencia del derecho se sigue del acuerdo de voluntades y no resulta inescindible de su forma de documentación. En otros términos, el documento no constituye el derecho.

III.4) *El carácter incondicional e irrevocable del derecho*

Los títulos valores se desarrollaron como una alternativa eficiente para la circulación del derecho, y en ese marco justifican su existencia actual separada de las reglas generales sobre transmisión de derechos.

La circulación del derecho requiere el máximo de rapidez y de simplicidad en su transmisión a varios adquirentes sucesivos, con el

⁷⁹⁴ Si bien la utilización del papel aproxima en gran medida el régimen de los títulos valores al derecho de cosas (concepción jurídico-real), la asimilación no es absoluta. Así: (i) la existencia del derecho no depende necesariamente de la subsistencia del papel; justamente, el procedimiento de cancelación permite obtener el documento duplicado que haga posible el ejercicio del derecho; (ii) la transmisión del papel no en todos los casos importa la adquisición del derecho; para lograr dicho efecto es menester la transmisión del papel mediante una adquisición a título oneroso realizada por un tercero, es decir, un modo de circulación cartular, y (iii) la extinción del derecho no depende de la devolución del papel al suscriptor, ya que el referido efecto depende del cumplimiento de la prestación y sólo de él. Ver mayores referencias en PAZ ARES, Cándido, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. por Aurelio Menéndez, Civitas, Madrid, 1986, ps. 181 y ss. y EIZAGUIRRE, *Derecho...* cit., ps. 72 y ss.

⁷⁹⁵ Nos referimos particularmente a las normas generales en materia de contratación privada, que pueden requerir la presencia del documento escrito, público o privado, como condición de validez o eficacia probatoria. Ver comentario a los arts. 1015 y ss. del Código.

mínimo de inseguridad para cada adquirente, que debe ser puesto, no sólo en condiciones de conocer rápida y eficazmente aquello que adquiere, sino quedar a salvo también de las excepciones cuya existencia no le fuese dado advertir fácilmente en el acto de adquisición⁷⁹⁶. Huelga señalar que la condicionalidad o revocabilidad de la obligación incorporada harían inviable la circulación eficiente del crédito, al poner en cabeza del adquirente un riesgo prácticamente imposible de controlar.

III.5) *El carácter autónomo del derecho incorporado. Remisión*

Como se señala más arriba⁷⁹⁷, la norma establece la autonomía como el elemento central y distintivo de la categoría jurídica. El desarrollo del tema corresponde al artículo siguiente, pero aquí cabe señalar que la referencia a “sujeto a lo previsto en el artículo 1816” apunta a la limitación a la autonomía que supone la mala fe del adquirente, con el sentido explicado en el comentario a esa norma.

III.6) *La distinción con las cosas o bienes muebles registrables*

La parte final de la norma separa la categoría jurídica de los títulos valores de la de las cosas o bienes muebles registrables. Más allá del propósito aclaratorio de la norma, conviene señalar que tampoco los títulos valores se asimilan íntegramente en su disciplina a las cosas muebles no registrables. La cuestión se presenta respecto de la especie cartular (arts. 1830 a 1849 del Código) y las cosas o bienes muebles no registrables y la no cartular (arts. 1850 y 1851 del Código).

En ninguno de los dos supuestos procede una aplicación directa de las normas sobre bienes o cosas muebles, lo que no impide su valoración singular para integrar el análisis y solución de cuestiones particulares que puedan plantearse⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ ASCARELLI, *Teoría general...* cit., p. 8.

⁷⁹⁷ *Supra*, III.2 de este artículo.

⁷⁹⁸ Ver consideraciones adicionales sobre el tema en MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Aspectos generales de los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012, ps. 282 y 283.

IV) Significado de la reforma

En gran parte de sus disposiciones, el Código –aun incorporando soluciones novedosas– modifica normativa existente sobre situaciones o relaciones jurídicas. No es así en materia de títulos valores, donde siempre se ha sentido la ausencia de una “parte general”, que la doctrina había propiciado⁷⁹⁹ a efectos de dar presencia normativa a lo que se presentaba como teoría general de los títulos valores, bajo la fuerte influencia de los autores italianos y los artículos 1992 a 2027 del *Codice* de 1942⁸⁰⁰.

Por cierto, para los miembros de la comunidad jurídica ajenos a las particularidades de esa construcción teórica, no dejaba de provocar alguna perplejidad la elaboración de una “teoría general” sin referencia normativa concreta, o construida –a la inversa de lo que ocurre en otros ámbitos del orden jurídico– por inducción⁸⁰¹ y derivación de reglas particulares de una de las especies de la categoría general: la letra de cambio, y el decreto-ley 5965/63.

Esa incertidumbre se presentaba también en la tarea pedagógica –cuya importancia no puede desdeñarse como base de la formación de los que serán miembros activos de la comunidad jurídica–, donde la ausencia de soportes normativos claros importaba un desafío adi-

⁷⁹⁹ Ese anhelo se plasmó incluso en ensayos de unificación internacional: ver las referencias de CÁMARA, Héctor, *Letra de cambio y pagaré*, Ediar, Buenos Aires, 1970, t. I, ps. 129 y ss.

⁸⁰⁰ La doctrina nacional, como buena parte de la latinoamericana (TORREALBA, Octavio, *Las leyes latinoamericanas sobre títulos valores y la doctrina italiana*, Juricentro, San José, 1987), ha estado muy influenciada por los desarrollos de los autores italianos en materia de títulos valores. Sólo en los últimos años, y sobre todo por la difusión de obras de autores españoles, se ha dado un lugar adicional a la otra “gran escuela” en la materia: la doctrina alemana.

⁸⁰¹ Típicamente, las llamadas “partes generales” de un sector del ordenamiento jurídico se incorporan a la legislación, y de allí se trasladan y aplican deductivamente a las “partes especiales” (véase LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial* cit., p. 55). Esto es, se va de lo general a lo particular. En materia de títulos valores, la teoría general se construía de lo particular (las disposiciones aplicables a la letra de cambio, el pagaré y el cheque) a lo general. Ello se explicaba, fundamentalmente, por la aptitud de la letra de cambio para cumplir esa función, en tanto primer título valor conocido y objeto de estudio por la doctrina de diferentes países.

cional para la explicación y comprensión de una construcción jurídica que tiene un alto grado de elaboración intelectual⁸⁰².

No es de extrañar entonces que los cuatro intentos previos de unificar el régimen civil y comercial hayan previsto disposiciones específicas para cubrir el vacío normativo existente, lo que es suficiente manifestación acerca de la importancia del articulado del Código en esta materia.

Más allá de consideraciones relevantes como las anteriores, pero de carácter general, la norma en estudio ofrece un punto de partida apropiado para la elaboración por la doctrina del concepto de título valor, al referirse a las notas propias de la categoría jurídica, con foco o protagonismo de la autonomía.

Art. 1816 *Autonomía.* El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores.

A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

I) Resumen

La norma presenta uno de los pilares –en rigor, el núcleo central de la categoría jurídica de títulos valores– del edificio conceptual de la teoría general que plasman los artículos 1815 a 1881 del Código. Se indican las condiciones necesarias para que se verifique el carácter autónomo del derecho adquirido: un elemento subjetivo –la buena fe con el alcance referido en la parte final de la norma– y un elemento objetivo –la adquisición conforme la ley de circulación–. A ello ha de adicionarse el carácter oneroso de la adquisición en el plano real o de titularidad (art. 1819 del Código).

⁸⁰² De esa dificultad hemos sido testigos directos en más de dos décadas de enseñanza universitaria. Si enseñar conceptos abstractos típicos de una teoría general nunca es sencillo, menos lo es cuando las referencias al ordenamiento positivo son limitadas e incompletas.

II) Concordancias

Principio *nemo plus iuris* (art. 399); concepto de título valor (art. 1815); concepto de titularidad (art. 1819); excepciones oponibles (art. 1821); autonomía en los títulos valores desmaterializados (art. 1850). Decreto-ley 5965/63, excepciones oponibles en la letra de cambio y el pagaré (arts. 17 y 18). Ley 24.452, excepciones oponibles en el cheque (arts. 19 y 20).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La autonomía y la exclusión de excepciones en el plano personal*

La autonomía que se le asigna al derecho adquirido es una manifestación central –pero no la única: artículos 1817 y 1819 del Código– de la inoponibilidad o exclusión de excepciones, que es sin duda la nota distintiva de la categoría jurídica de los títulos valores⁸⁰³.

En una primera aproximación, la autonomía apunta al sometimiento de la circulación de los derechos a normas que se alejan de las reglas propias de las obligaciones (derechos personales), y presentan analogía con las normas de la transmisión de cosas muebles (derechos reales).

Así, por un lado, el principio de autonomía ofrece una especial protección en la esfera obligacional, mediante el fenómeno de la incommunicabilidad de las defensas y excepciones personales, que dejan

⁸⁰³ Sobre los pagarés de consumo, y el aparente conflicto entre la abstracción cambiaria y el art. 36 de la LDC, véase PAOLANTONIO, Martín E., *Monólogo de fuentes: el caso del pagaré de consumo*, en L. L. del 20-5-2015, p. 1; IBARLUCÍA, Emilio A., *Conflicto entre las leyes de títulos abstractos y la Ley de Defensa del Consumidor*, en L. L. del 15-6-2015, p. 1. Asimismo los relevantes fallos de la CSJN pronunciados el 10-12-2013 en las causas: Competencia 623.XLV, “Compañía Financiera Argentina SA c/Monzón, Mariela Claudia s/Ejecutivo”; competencia 577.VLVII, “Productos Financieros SA c/Ahumada, Ana Laura s/Cobro ejecutivo”; Competencia 1088.XLVII, “Productos Financieros SA c/Campos, Víctor Hugo s/Cobro ejecutivo”; Competencia 220.XLV, “Banco Hipotecario SA c/Álvarez, Raúl Orlando s/Ejecución hipotecaria”; Competencia 910.XLV, “Sociedad Militar Seguro de Vida institución Mutualista c/Marino, Gabriel Pablo s/Ejecución hipotecaria”.

de irse acumulando en cada transferencia, como ocurre con la circulación de derechos sujeta a las reglas generales (arg. art. 399)⁸⁰⁴.

Se logra de este modo asegurar la confianza en la existencia y entidad del crédito incorporado, ya que quien resulte portador legítimo del título a su vencimiento o al momento en que se quiera exigir la prestación o ejercer los derechos incorporados tiene la seguridad de que si el obligado precedente no tiene defensas fundadas en relaciones personales con él para negar la prestación, deberá cumplirla sin poder exonerarse de ella alegando circunstancias o excepciones fundadas en relaciones habidas con otros portadores del documento.

III.2) *La autonomía y la exclusión de excepciones en el plano real*

Los títulos valores se integran –desde el punto de vista analítico– por un elemento real (el soporte material, que en su presentación “tradicional” de los títulos valores cartulares es el papel) y el elemento obligatorio (el derecho incorporado). La autonomía también ofrece tutela en la esfera real, aislando totalmente de circunstancias objetivas anteriores a la relación actual del portador del título valor con portadores precedentes, lo que hace factible la llamada adquisición *a non domino*, esto es, la adquisición de un derecho proveniente de quien no era titular, o la adquisición de un derecho más pleno o perfecto del que tenía el enajenante.

La base de esa protección se encuentra en la publicidad posesoria, en la eficacia legitimadora que la posesión tiene frente a terceros. Por esta vía se libera al adquirente del riesgo de pertenencia del derecho que el Derecho común carga sobre las espaldas del cedente⁸⁰⁵.

En el Código, sin embargo, se separan –siguiendo las líneas habituales en el desarrollo de la doctrina– la situación explicada en el

⁸⁰⁴ En virtud del cual “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”. Ver comentario al art. 399 del Código.

⁸⁰⁵ PAZ ARES, *La desincorporación...* cit., p. 86, quien asimismo destaca adecuadamente que la adquisición *a non domino* es una modalidad de protección del tráfico: protege a los terceros frente a los vicios de las transmisiones anteriores, no a las partes frente a los vicios de los negocios que ellas mismas celebran (p. 102).

párrafo anterior (que es objeto del art. 1819) de la que corresponde a las denominadas "excepciones personales"⁸⁰⁶.

III.3) Condiciones para la adquisición autónoma: la ley de circulación del título valor

La autonomía de la posición del portador del título valor requiere un elemento objetivo: la adquisición conforme a la ley de circulación.

Esa circunstancia –también esencial para la protección en el plano real: artículo 1819 del Código– no es objeto de definición normativa. Pero no es un concepto sobre el que existan disidencias en la doctrina⁸⁰⁷: se entiende por ley de circulación a los mecanismos específicos para la transmisión del derecho que correspondan a la regulación general o particular del título valor, incluyendo la específicamente prevista para el supuesto de títulos valores atípicos (art. 1820 del Código).

La referencia a la ley de circulación es uno de los criterios de orden o clasificación de los títulos valores en el Código, que en la Sección 2ª de este capítulo (*Títulos valores cartulares*) se ocupa de los títulos valores al portador, a la orden, nominativos endosables, y nominativos no endosables. De su lectura se sigue que la ley de circulación de los títulos valores al portador es la entrega o tradición (art. 1837); en el caso de los títulos valores a la orden, el endoso (art. 1838); en los títulos valores nominativos endosables, el endoso y la inscripción en el registro (art. 1847), y el registro en los títulos nominativos no endosables –que supone un acto jurídico de transmisión– (art. 1849; situación análoga se presenta para el caso de títulos valores no escriturales en el art. 1850).

Las adquisiciones ajenas a la ley de circulación, también denominadas atípicas, carecen del efecto indicado por la norma⁸⁰⁸, sin perjuicio

⁸⁰⁶ Ver *infra*, art. 1821, III.2, y la oponibilidad de las excepciones personales.

⁸⁰⁷ Así, se ha definido a la ley de circulación como el complejo de disposiciones que regulan: (i) el modo de sustituir la persona del legitimado, y (ii) los efectos de la transferencia del documento (GUALTIERI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio, *Títulos circulatorios*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 123).

⁸⁰⁸ Ver el comentario a los arts. 1816, III.4, 1819, y 1841, III.1, para consideraciones adicionales sobre las adquisiciones atípicas.

de la producción de consecuencias jurídicas regidas por las normas generales sobre transmisión de derechos.

III.4) Condiciones para la adquisición autónoma: la buena fe objetiva

La primera parte del artículo 1816 del Código requiere que el portador sea de buena fe como condición para otorgarle carácter autónomo a su adquisición. Y la parte final de la norma refiere a un particular estado subjetivo como excluyente de la autonomía: la adquisición a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

La protección de la circulación –fin último de la disciplina de los títulos valores– cede ante adquisiciones atípicas o deshonestas, ajenas a las reglas del tráfico, que presuponen un comportamiento leal y probado. Y es así que en materia de circulación de derechos incorporados a títulos valores, la *exceptio doli* que reconoce la norma cumple una función destacada, permitiendo una eficaz tutela de la circulación regular, "filtrando" aquellas adquisiciones anómalas que no reflejan en modo alguno los intereses típicos de la circulación, para cuya tutela se han incorporado a la disciplina cartular reglas exorbitantes del Derecho común⁸⁰⁹.

En la referencia legal existe un elemento cognoscitivo ("a sabiendas") y un elemento intencional ("en perjuicio del deudor demandado"). Ello importa:

- a) Que el adquirente debe conocer la existencia de una circunstancia de hecho que posibilita la oposición de excepciones del deudor demandado a su transmitente. No es necesario, por tanto, que el adquirente tenga la conciencia del significado jurídico

⁸⁰⁹ En este sentido, PAZ ARES, Cándido, *Las excepciones cambiarias, en Derecho Cambiario. Estudios...* cit., p. 367. Con claridad conceptual, Vivante afirmaba que la excepción de dolo, en sentido propio y con especial referencia al ejercicio de la acción cambiaria, se puede oponer a todo aquel que adquiriera el título para privar al deudor de las excepciones que habría podido oponer al poseedor precedente. Es obvio que este adquirente no puede invocar en defensa propia la autonomía de los derechos cambiarios, porque este principio se introdujo en beneficio de la *circulación honrada* (VIVANTE, Cesare, *Tratado de Derecho Mercantil*, 5ª ed., Reus, Madrid, 1936, t. III, p. 479).

acerca de las consecuencias del comportamiento, bastando una valoración paralela en la esfera profana⁸¹⁰, y

- b) que el adquirente debe tener la conciencia de causar un daño sustancial al deudor, el que se sigue de la incierta posibilidad de recuperar cuanto debe pagar al adquirente a quien pretende oponérsele la *exceptio*.

Al comentar el artículo 1819 se señalaron aspectos adicionales comunes a las especies de la buena fe en materia de títulos valores. Pero se mencionan aquí algunas cuestiones particulares para la buena fe objetiva.

Para determinar cuándo ha existido una infracción a la exigencia de un comportamiento probo y leal en el tráfico cambiario, el juez difícilmente contará con pruebas directas (por ej.: documental).

Al contrario, los elementos fundamentales que determinarán la convicción del juez son los indicios que dan lugar a presunciones *hominis* o presunciones simples. Entre las circunstancias indiciarias a tener en cuenta (precio de la adquisición, relaciones entre el *tradens* y el adquirente, fecha de la transmisión), asumen especial relevancia las calidades personales del adquirente, en virtud del principio general del artículo 1725 del Código y su relación o conocimiento directo del transmitente⁸¹¹.

III.5) La autonomía y la exclusión de excepciones personales

La autonomía posibilita la exclusión o inoponibilidad de excepciones vinculadas con relaciones jurídicas ajenas a la creación o circulación del título valor, entre las que se destacan las relativas a la relación subyacente o causal (por ej.: el incumplimiento de la entrega de las mercaderías correspondientes a la compraventa que originó el libramiento del cheque o la nulidad de esa relación jurídica extracartular).

La protección al portador del título valor se complementa con lo

⁸¹⁰ HUECK, Alfred y CANARIS, Claus W., *Derecho de los Títulos-Valor*, 1ª ed. en español, Ariel, Barcelona, 1988, p. 131.

⁸¹¹ Para consideraciones adicionales acerca de la *exceptio doli*, remitimos a BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. II, ps. 56 y ss.

dispuesto por el artículo 1819 del Código (protección o tutela en el plano real), y se plasma en última instancia en la limitación de excepciones oponibles (art. 1821 del Código), a cuyos comentarios se remite.

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio define la característica de la categoría jurídica que es el centro del concepto previsto, o que pueda derivarse en vía de construcción de la doctrina, en el artículo 1815 del Código. Se subraya la importancia de la adquisición típica como condición para la tutela que ofrece la autonomía (inoponibilidad de excepciones), y la condición negativa o excluyente de aquélla: la adquisición dolosa, que es precisada en términos similares a los utilizados por normas especiales (ver concordancias), favoreciendo de ese modo una interpretación armónica entre la teoría general de los títulos valores y sus manifestaciones particulares.

Art. 1817 Pago liberatorio. El deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley de circulación queda liberado, excepto que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere. Sin embargo, si el deudor no recibe el título valor, se aplica lo dispuesto por el artículo 1819.

I) Resumen

La norma determina el efecto liberatorio del pago realizado al portador legítimo del título valor, aun cuando el *accipiens* no tuviere el carácter de titular del derecho. Para ello, es condición la inexistencia de prueba disponible para el *solvens* acerca de la ausencia de derecho de quien le requiere el pago.

La parte final del artículo 1817 hace sin embargo inoponible ese pago al posterior adquirente de buena fe del título valor (por hipótesis no recibido por el *solvens* al cancelar la obligación). El deudor que paga —entendiendo la expresión en el sentido del artículo 865 del Có-

digo— a quien no exhibe y entrega el título valor puede estar pagando mal, y verse constreñido a pagar de nuevo si el *accipiens* no es el titular del derecho.

II) Concordancias

Pago (art. 865); pago al acreedor aparente (art. 883); titularidad y legitimación (art. 1819); excepciones oponibles (art. 1821); necesidad (art. 1830). Decreto-ley 5965/63 (art. 43). Ley 24.452 (art. 34).

III) Interpretación de la norma

III.1) Liberación por el pago al portador legítimo no titular

Como una manifestación particular del efecto liberatorio del pago al acreedor aparente (art. 883 del Código), el artículo en análisis permite idéntico efecto para el pago al portador legítimo del título valor, cuando éste no sea titular⁸¹².

Nuevamente (ver comentario al art. 1816, III.3), se subraya la importancia que en la teoría general tiene el concepto de ley de circulación: el efecto liberatorio no se verifica en ausencia de ese elemento objetivo previamente analizado (acreedor aparente que no tenga el carácter de portador legítimo —sinónimo de portador conforme a la ley de circulación—)⁸¹³. De este modo se aprecia lo que la doctrina ha denominado función bifronte de la legitimación en materia de títulos valores⁸¹⁴: la posesión del título valor conforme la ley de circulación no sólo habilita el ejercicio de los derechos en cabeza del pretense acreedor, sino que facilita la liberación del deudor.

⁸¹² El carácter de no titular no es expresamente mencionado por la norma, pero huelga señalar que si el pago se realizara a aquél, acreedor en la relación jurídica, la afirmación acerca del efecto liberatorio resultaría redundante.

⁸¹³ En nuestra opinión, el art. 1817 es una norma especial, que desplaza la regla general del art. 883 del Código. Dichn en otros términos, acreedor aparente en materia de títulos valores es exclusivamente el definido por el artículo que comentamos.

⁸¹⁴ Por todos, YADAROLA, Mauricio, *Títulos de crédito*, Tea, Buenos Aires, 1961, ps. 205 y ss.

III.2) La buena fe del “*solvens*”

Aunque el Código no hace referencia en esta norma a la buena fe del *solvens*⁸¹⁵, la condición para la liberación por el pago al no titular del derecho prevista por la norma en análisis —la ausencia de prueba para acreditar la mala fe del portador— tiene una entidad equivalente. Así, la existencia de prueba suficiente para demostrar la ausencia de derecho del requirente del pago es una indudable manifestación de mala fe por parte del *solvens*.

En este punto, cabe recordar que la doctrina ha expresado que la prueba de la falta de titularidad debe ser de tal entidad que permita al deudor la certeza de poder afrontar con éxito el reclamo judicial del legitimado no titular, no bastando la sospecha o el conocimiento efectivo de la pérdida o sustracción del título valor. La prueba de la falta de titularidad debe ser de tal entidad que permita al deudor la certeza de poder afrontar con éxito el reclamo judicial del portador legítimo⁸¹⁶.

III.3) El pago sin la entrega del título valor y la posición del portador posterior

La esencial vinculación entre el documento y el derecho incorporado, recogida mediante la referencia al principio de necesidad como característico de la disciplina de los títulos valores, encuentra un reflejo particular en la parte final de la norma en estudio.

Quien paga el documento —excepción extintiva por excelencia— recupera *ipso iure* la propiedad del documento —efecto recuperativo del pago—. Si quien recibe el pago pretende nuevamente cobrar, el deudor puede oponerle, sin duda alguna, su falta de legitimación material derivada del pago recuperativo.

Ahora bien, si el acreedor satisfecho transmite el título valor, el tercero de buena fe que lo recibe es, en rigor, un adquirente *a non domino*. De allí la referencia normativa al artículo 1819 del Código: verificada la concurrencia de los diferentes elementos que integran el

⁸¹⁵ A diferencia del art. 43 del decreto-ley 5965/63, que menciona el dolo o culpa grave (al igual que el art. 34 de la ley 24.452).

⁸¹⁶ BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, p. 476.

supuesto de hecho de la adquisición *a non domino*⁸¹⁷, el tercero quedará inmune a la excepción de pago (y por extensión a todas las defensas vinculadas con la extinción de la obligación incorporada al título valor).

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio determina las condiciones de validez particulares del pago al acreedor aparente, como una manifestación singular de la regla general del artículo 883 del Código. Se establece una doble condición que es consistente con las notas específicas de la teoría general de los títulos valores: la adquisición conforme la ley de circulación (elemento objetivo), y la buena fe, definida por la existencia de pruebas que demuestren la ausencia de derecho de quien requiere el pago. Es también significativa la protección al tercer adquirente del título valor previamente abonado, vía la remisión al artículo 1819 del Código (adquisición *a non domino*).

Art. 1818 Accesorios. La transferencia de un título valor comprende los accesorios que son inherentes a la prestación en él incorporada.

I) Resumen

La norma prevé la transmisión *ipso iure* de los accesorios inherentes a la obligación incorporada, como manifestación particular del reconocimiento de la independencia jurídica del vínculo jurídico propio del título valor.

II) Concordancias

Garantías en los títulos valores (art. 1826); necesidad (art. 1830). Decreto-ley 5965/63 (art. 15). Ley 24.452 (art. 15).

III) Interpretación de la norma

III.1) Efectos de la transmisión del título valor

Una primera lectura de la norma en comentario podría concluir en

⁸¹⁷ Ver *infra*, comentario al art. 1819, III.1 y III.2.

la superfluidad de la solución prevista, si se la asimila a la solución "natural" de que la transmisión de lo principal conlleva lo accesorio.

Sin embargo, el artículo 1818 trae una previsión importante que reafirma la independencia jurídica del vínculo jurídico incorporado al título valor, en línea con la regla general del artículo 1827 del Código⁸¹⁸.

La clave de lectura del artículo 1818 es el término "inherentes", probablemente una mejor elección que la palabra "resultantes" prevista en leyes especiales⁸¹⁹.

Así, la referencia normativa permite entender el alcance y los límites de la transmisión de un título valor.

III.2) ¿Qué se adquiere (y qué no se adquiere) cuando se transmite un título valor?

La formulación legal permite trazar una línea divisoria inicial en cuanto al objeto de la transmisión: no están alcanzados los derechos que deriven de las relaciones causales que subyacen a la emisión o transmisión del título valor, u otras relaciones personales entre las partes.

El problema fundamental en el tema que nos ocupa está constituido por la transmisión –o no– de las garantías (personales o reales) que asisten al crédito incorporado, y cuya existencia no está evidenciada por el documento.

Así, para algunos autores, por exigencia propia del principio de literalidad característico de la disciplina, resulta necesario que los derechos accesorios figuren en el documento para que se entiendan transmitidos⁸²⁰.

Otros, en cambio –y siempre y cuando la garantía esté indudablemente vinculada a la obligación incorporada–, admiten el efecto traslativo en supuestos diferentes, fundamentalmente en virtud del principio *accessorium sequitur principali*⁸²¹.

⁸¹⁸ Ver *infra*, comentario al art. 1827, III.1, p. 784.

⁸¹⁹ Art. 15 del decreto-ley 5965/63 y art. 15 de la ley 24.452.

⁸²⁰ En este sentido, CÁMARA, *Letra de cambio...* cit., t. I, p. 564, citando a De Semo.

⁸²¹ La opinión era sostenida desde antiguo por Vivante, y es seguida por PAVONE LA ROSA, Antonio, *La cambiale*, Giuffrè, Varese, 1982, p. 304. Claro está que esa

El Código, como se explica al comentar el artículo 1826, opta por la solución más consistente con la interpretación tradicional del principio de literalidad.

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio, armonizada con el artículo 1826 del Código, ofrece una guía relevante para el intérprete a la hora de definir el alcance de la transmisión de títulos valores, en consideración a la coexistencia natural (art. 1827 del Código) de la relación jurídica causal o subyacente y la propia del título valor.

Art. 1819 Titularidad. Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado.

I) Resumen

La norma indica un aspecto central de la teoría general de los títulos valores: la posibilidad de adquisición *a non domino*, que completa junto al comentado artículo 1816 el núcleo de la tutela de la posición del adquirente de un título valor (en las condiciones previstas por el art. 1819). Se puede así distinguir los conceptos de legitimación y titularidad, relevantes para la adquisición del derecho incorporado (art. 1819), y la liberación de los obligados en virtud del título valor (art. 1817).

II) Concordancias

Autonomía (art. 1816); excepciones oponibles (art. 1821); buena fe subjetiva (art. 1902). Decreto-ley 5965/63 (art. 17). Ley 24.452 (art. 17).

solución no sería en ningún caso extensible a las garantías que accedan únicamente a la relación causal, ajenas por definición al concepto de "inherente" del art. 1818 del Código (y sujetas en su caso a la posibilidad de una cesión de derechos).

III) Interpretación de la norma

III.1) Legitimación y titularidad

Si bien el instituto de la legitimación pertenece tanto al Derecho Privado como al Procesal, preciso es destacar que en materia de títulos valores alcanza un perfil más afinado.

El concepto de legitimación en los títulos valores fue elaborado fundamentalmente por Savigny sobre la base de las nociones paralelas de posesión y propiedad.

De la misma manera que el poseedor puede ejercitar el derecho –usar, disfrutar y disponer de la cosa–, sin necesidad de ostentar la propiedad, así puede el portador legitimado formalmente pretender el derecho sin pertenecerle.

El legitimado dispone a su favor únicamente de una presunción *iuris tantum* de titularidad, como el poseedor⁸²². Ésta es la razón por la que el deudor, enervando la presunción de titularidad por medio de las pruebas que sea menester, puede denegar el pago al poseedor legitimado no propietario⁸²³.

III.2) La adquisición de la titularidad del derecho incorporado al título valor

La adquisición del título valor importa la adquisición del derecho incorporado. La redacción del artículo 1819 del Código mejora la existente con carácter particular para la letra de cambio, pagaré y cheque⁸²⁴, identificando de modo más completo las condiciones necesarias para que el portador del título valor pueda calificarse como titular (con las consecuencias jurídicas relevantes que ello implica)⁸²⁵.

La norma requiere:

a) *La existencia de título oneroso.* Ésta no es una nota siempre destacada por la doctrina, que en no pocas oportunidades ha minimi-

⁸²² PAZ ARES, *La naturaleza jurídica...* cit., ps. 143 y 144.

⁸²³ *Supra*, comentario al art. 1817, III.2.

⁸²⁴ Art. 17 del decreto-ley 5965/63 y art. 17 de la ley 24.452.

⁸²⁵ *Infra*, III.3.

zando la necesidad de que la teoría general de los títulos valores se inserte en el Derecho Privado general⁸²⁶. Pero es un elemento generalmente presente en situaciones de conflictos de derechos, donde se privilegia al adquirente a título oneroso frente al beneficiario de una liberalidad⁸²⁷.

b) *La adquisición conforme a la ley de circulación.* Como se explica más arriba⁸²⁸, la ley de circulación (que es lo que permite calificar a quien tiene el título valor en su poder como portador legítimo) equivale al conjunto de disposiciones que regulan el modo de sustituir la persona del legitimado y los efectos de la transferencia del documento⁸²⁹. La tutela de la circulación —que es el norte de la disciplina jurídica de los títulos valores— requiere que la transferencia del crédito se realice de modo típico (esto es, conforme con la ley de circulación).

c) *La ausencia de culpa grave.* A diferencia de lo que ocurre en el terreno de las excepciones ajenas a la adquisición del título valor (las que se vinculan con relaciones jurídicas ajenas a la obligación incorporada y se presentan en el marco de la regla o principio de autonomía)⁸³⁰, las relacionadas a aquélla son incompatibles con el conocimiento (o desconocimiento gravemente negligente) de algún defecto en la titularidad precedente. Por culpa grave, en este marco, ha de entenderse la omisión de adoptar aquellas medidas que sin grave costo y de modo inmediato habrían conducido al conocimiento de la excepción⁸³¹. El recaudo en análisis es una manifestación de la buena

⁸²⁶ Si juzgáramos erróneo ese temperamento (BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 328 y ss.), hoy —con la previsión en el Código de la “parte general” de los títulos valores— esa posición puede calificarse como insostenible.

⁸²⁷ Ver en el Código los arts. 315, 337, 392, 462, 760, 1166, 2260 y 2315 como manifestaciones del principio general indicado en el texto.

⁸²⁸ Comentario al art. 1816, III.3.

⁸²⁹ GUALTIERI y WINIZKY, *Títulos...* cit., p. 123.

⁸³⁰ Por ejemplo, las de carácter causal, cuya inoponibilidad se sujeta al actuar doloso del adquirente (*supra*, comentario al art. 1816, III.4). Y en las leyes especiales, art. 18 del decreto-ley 5965/63 y art. 20 de la ley 24.452.

⁸³¹ Ver consideraciones adicionales, con referencias jurisprudenciales, en PAOLANTONIO, Martín E. y LEGÓN, Pablo A., *Ley de Cheques*, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 102 y ss.

fe posesoria⁸³² (buena fe subjetiva, por contraposición a la de carácter objetivo propia de las relaciones ajenas al título valor)⁸³³.

III.3) *Efectos de la presencia o ausencia de los recaudos indicados por el artículo 1819*

Cumplidas las condiciones indicadas por la norma y explicadas en la sección precedente, el portador del título valor puede ser calificado como titular del derecho, y en consecuencia ser inmune a cuestionamientos de terceros interesados, que incluyen la reivindicación del título valor, o el reclamo de lo que se hubiera recibido en virtud de su transferencia.

Por simple extensión lógica, en tanto la imposibilidad de cuestionar el carácter de titular del título valor supone una adquisición plena, el titular resultará además inmune a excepciones o defensas que pretendan cuestionar la integridad del derecho adquirido⁸³⁴.

También la norma señala que quien hubiera tenido el carácter de titular en los términos del artículo 1819 puede en todos los casos repeler cualquier acción de restitución del pago que hubiera recibido⁸³⁵.

Cabe por último señalar que el artículo 1819 no niega la posibilidad o validez de una adquisición del derecho conforme las reglas generales para la transmisión de derechos (adquisiciones de Derecho común: cesión, sucesión, etc.). Simplemente, esas situaciones se excluyen de la tutela particular que la disciplina de los títulos valores reserva para el caso en análisis y se sujetan a las normas ordinarias⁸³⁶.

⁸³² En el Código, el art. 1902 se refiere a la buena fe requerida en la relación posesoria como “no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho”. Véase *infra* su comentario.

⁸³³ *Supra*, comentario al art. 1816, III.4.

⁸³⁴ El caso típico de las excepciones extintivas, cuestión que señalamos *supra* al comentar el art. 1817, III.3, y desarrollamos con mayor detalle en BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 440 y ss.

⁸³⁵ Lo que no ocurre para el portador legítimo no titular: *infra*, comentario al art. 1852.

⁸³⁶ En términos simples, regirá para esos casos el principio del *nemo plus iuris* establecido por el art. 399 del Código.

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio integra, con el artículo 1816 del Código, la esfera de tutela del tercer adquirente de un título valor, en este caso definiendo el ámbito de protección en el plano real. Su consideración resulta insoslayable a la hora de comprender las notas centrales de la teoría general de los títulos valores. En el texto se señalan con precisión las condiciones para que quien adquiere el título valor pueda considerarse titular, y de este modo abstraerse de cualquier vicisitud o defecto de las transmisiones previas.

Art. 1820 Libertad de creación. Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente. Sólo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de controlador de los mercados de valores.

I) Resumen

La norma establece el principio general de posibilidad de creación de títulos valores atípicos, que alcanza incluso a los títulos valores abstractos en el ámbito de la oferta pública o cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante la Comisión Nacional de Valores.

II) Concordancias

Contratos nominados e innominados (art. 970); registro del fiduciario

(art. 1673); títulos valores atípicos en el fideicomiso financiero (art. 1693). Ley 26.831, creación de valores negociables atípicos (art. 3°).

III) Interpretación de la norma

III.1) Títulos valores típicos y atípicos

La clasificación de un título valor como típico o atípico depende, como su equivalente en la teoría general del contrato (aunque el Código utiliza para este caso el binomio nominados e innominados: art. 970), de la recepción o indiferencia normativa ante el fenómeno. Así, son títulos valores típicos los previstos y regulados por una normativa determinada, y atípicos los demás.

Aunque la disciplina jurídica de los títulos valores es en gran parte ajena a la autonomía de la voluntad (de modo de establecer reglas uniformes y facilitar una identificación objetiva de la categoría jurídica, y de esta forma contribuir a dar certeza al derecho adquirido), desde hace algún tiempo la doctrina nacional —y la normativa existente— se había orientado por favorecer la solución que ahora con amplitud consagra ahora el Código.

III.2) La creación de títulos valores atípicos en la doctrina y normativa nacional

La posibilidad de creación de títulos valores por voluntad de los particulares es una cuestión que ha presentado controversias en la doctrina. Autores como Williams negaban en términos absolutos tal facultad⁸³⁷. Yadarola, por su parte, limitaba la posibilidad de creación al cumplimiento de requisitos básicos derivados del Código de Comercio, lo que en los hechos lo acercaba bastante a la tesis prohibitiva⁸³⁸. La doctrina mayoritaria distinguía —como ya lo hacía Ascarelli en la doctrina italiana⁸³⁹— entre títulos valores causales y abstractos⁸⁴⁰,

⁸³⁷ WILLIAMS, Jorge N., *Títulos de crédito*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 432.

⁸³⁸ YADAROLA, *Títulos...* cit., ps. 281 y ss.

⁸³⁹ ASCARELLI, *Teoría general...* cit., ps. 398 y ss.

⁸⁴⁰ La distinción entre títulos valores y abstractos no es objeto de definición normativa en el Código. En doctrina, se reconoce que el derecho incorporado a un título

admitiendo la libertad de creación respecto de los primeros⁸⁴¹. La Comisión Nacional de Valores, en dos recordados precedentes (AEG Telefonos y Certificados de Añejamiento y Tipificación de Vinos) había reconocido la validez de la emisión de títulos valores causales atípicos, criterio que ratificó antes de la sanción de la Ley 23.576 de Obligaciones Negociables, habilitando la emisión de títulos valores de deuda.

En el plano normativo, antes del Código el artículo 40 de la ley 23.697 había autorizado la creación de títulos causales atípicos, regla que con mayor flexibilidad reiteró el artículo 3º del decreto 677/2001 para los valores negociables, actualmente reemplazado por el artículo 3º de la ley 26.831⁸⁴².

valor encuentra necesariamente su causa en un acto jurídico precedente, que da lugar a su creación o transferencia (por ej., un contrato de compraventa, un mutuo, una donación, etc.). La abstracción apunta en esta materia a la insensibilidad del derecho del portador legítimo respecto de la relación jurídica causa de la emisión o transmisión del título valor. En los títulos valores abstractos, la causa es típicamente variable e indeterminada (pagaré, cheque, etc.), en tanto en los títulos valores causales, la causa o relación fundamental es normalmente un negocio jurídico definido e invariable (por ej., el préstamo o contrato de crédito en las obligaciones negociables). La distinción entre ambas categorías se visualiza claramente en que, en los títulos causales, la disciplina jurídica de la relación fundamental integra el derecho incorporado en la medida en que se haga referencia a ella, lo que no ocurre en los títulos abstractos, de suyo autosuficientes o completos. Ambas categorías respetan sin embargo el principio de literalidad, sólo que en los títulos causales la literalidad admite una integración indirecta del contenido del derecho incorporado (ver *infra*, comentario al art. 1831). Sobre la utilización del término abstracción en el ámbito de los títulos valores, puede verse además de las obras generales en materia de títulos valores el trabajo de GERSCOVICH, Carlos, *La abstracción cambiaria*, Pannedille, Buenos Aires, 1970; también nos ocupamos recientemente del tema en PAOLANTONIO, Martín E., *Abstracción cambiaria, juicio ejecutivo y derecho del consumidor*, en L. L. del 3-8-2011.

⁸⁴¹ En esta posición, puede verse en nuestra doctrina a ALEGRIA, Héctor, *Obligaciones negociables*, en *Revista de Derecho Económico* 6-483 –con citas contestes de Raymundo Fernández, Celestino Araya y Juan Carlos Zavala Rodríguez–; también BENÉLBAZ, Héctor, *Títulos de ahorro vitivinícolas de Mendoza*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 1990-B-473.

⁸⁴² La norma referida prevé que “Cualquier persona jurídica puede crear y emitir valores negociables para su negociación en mercados de los tipos y en las condiciones que elija, incluyendo los derechos conferidos a sus titulares y demás condiciones que se establezcan en el acto de emisión, siempre que no exista confusión con el tipo, denominación y condiciones de los valores negociables previstos especialmente en la

III.3) *Los límites normativos a la creación de títulos valores atípicos*

Aunque la letra del artículo 1820 es amplia, la posibilidad de creación de títulos valores atípicos tiene allí límites bien definidos.

Desde la perspectiva del sujeto habilitado, aunque la norma se refiere inicialmente a “cualquier persona”, la posibilidad de emitir títulos valores atípicos abstractos se acota a los sujetos mencionados en el segundo párrafo, salvo que se trate de títulos valores objeto de oferta pública en los términos de la Ley 26.831 de Mercados de Capitales⁸⁴³.

Por otro lado, es menester que la extensa libertad de configuración –que alcanza aun a los títulos valores no cartulares: artículo 1850 del Código (*infra*, p. 874)– a la que habilita la norma no lleve a confusión con títulos valores típicos. De este modo, se pretende que la autonomía de la voluntad del creador se oriente genuinamente a dar marco a una situación no prevista legalmente, y no que la utilice para desvirtuar las exigencias imperativas de normas legales existentes.

IV) *Significado de la reforma*

La solución que establece el Código, previamente analizada, es significativa desde varias perspectivas. Por un lado, su presencia era necesaria para mantener la vigencia de normas particulares que establecían una reglamentación análoga, que en general se consideraba valiosa por la doctrina. Por el otro, se establece como novedad, aun con un ámbito acotado, la viabilidad de creación de títulos valores atípicos de carácter abstracto.

legislación vigente. A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del valor negociable así creado, debe estarse al instrumento de creación, acto de emisión e inscripciones registrales ante las autoridades de contralor competentes”.

⁸⁴³ Ello hace que en la práctica, la alternativa de creación para los títulos valores abstractos quede deferida a las reglamentaciones de la Comisión Nacional de Valores, de la Superintendencia de Seguros de la Nación o del Banco Central de la República Argentina. La razón de la solución legal se ha asignado, para la disposición análoga del Proyecto de Código Civil de 1998, en la tutela de la buena fe de los creadores y terceros interesados (ALEGRIA, Héctor, *Desafíos actuales en materia de títulos valores y el Proyecto de Código Civil de 1998*, en FILIPPI, Laura y JUÁREZ, María L., *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 311).

Art. 1821 *Defensas oponibles*. El deudor sólo puede oponer al portador del título valor las siguientes defensas:

- a) las personales que tiene respecto de él, excepto el caso de transmisiones en procuración, o fiduciarias con análoga finalidad;
- b) las que derivan del tenor literal del título o, en su caso, del tenor del documento inscripto de conformidad con el artículo 1850;
- c) las que se fundan en la falsedad de su firma o en un defecto de capacidad o de representación al momento en que se constituye su obligación, excepto que la autoría de la firma o de la declaración obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuación del representante sea ratificada;
- d) las que se derivan de la falta de legitimación del portador;
- e) la de alteración del texto del título o, en su caso, del texto inscripto según el artículo 1850;
- f) las de prescripción o caducidad;
- g) las que se fundan en la cancelación del título valor o en la suspensión de su pago ordenada conforme a lo previsto en este Capítulo;
- h) las de carácter procesal que establecen las leyes respectivas.

I) Resumen

El artículo 1821 del Código define las excepciones que la doctrina denomina reales, en tanto resultan oponibles a cualquier portador del título valor. Se trata de una aproximación parcial a uno de los temas más controvertidos en la construcción doctrinaria, que la norma trata con cautela, apuntando a establecer una base común de utilidad para el intérprete, alcanzando a las excepciones o defensas que el tercero no podrá excluir, o dicho en otros términos, aquellas que serán siempre oponibles a la pretensión de cobro del título valor.

II) Concordancias

Representación aparente (art. 367); ratificación y defecto de representación (art. 369); autonomía (art. 1816); pago liberatorio (art. 1817);

titularidad y legitimación (art. 1819); firmas falsas (art. 1823); defecto de representación (art. 1825); literalidad (art. 1831); alteraciones (art. 1832); defectos de contenido mínimo (art. 1833); endoso en procuración (art. 1844); endoso en garantía (art. 1845). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 544 y 545).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La importancia del artículo 1821*

En una categoría jurídica caracterizada por la regla de autonomía o exclusión de excepciones (arts. 1815 y 1816 del Código), que incluye la tutela real posibilitada por la adquisición *a non domino* (art. 1819 del Código), huelga señalar la importancia de la determinación de las excepciones oponibles al portador del título valor⁸⁴⁴.

En el tema, la ausencia de previsiones normativas aun en las normas especiales (decreto-ley 5965/63 y ley 24.452) marcaba un vacío importante que el Código cubre con su artículo 1821.

III.2) *Inciso a: oposición de excepciones personales*

La posibilidad de exclusión de excepciones por parte del portador del título valor requiere ineludiblemente —desde la perspectiva del ordenamiento sustancial⁸⁴⁵— la calidad de tercero (esto es, la ausencia de vinculación directa con el deudor demandado), y la verificación de los recaudos generales que se siguen de los artículos 1816 y 1819 del Código.

Entre partes, la regla de derecho sustancial es la oponibilidad ilimitada de excepciones. Y por supuesto, la exclusión de excepciones no alcanza a las situaciones o relaciones jurídicas existentes en las que son partes el portador legítimo y el deudor demandado⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ En esta línea, José María de Eizaguirre (*El sistema de las excepciones frente a la acción cambiaria*, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Nº 224, 1997, p. 517) afirma que la medida de la exclusión o inoponibilidad de excepciones revela el grado de protección que un ordenamiento dado confiere a la circulación del título valor.

⁸⁴⁵ Para la relación de los ordenamientos sustancial y procesal en materia de excepciones oponibles, *infra*, III.9.

⁸⁴⁶ El sustento final de la regla de inoponibilidad de excepciones es la tutela de la circulación típica del derecho incorporado (arg. art. 1819 del Código). Sin

En materia de excepciones personales, cabe recordar la regla de inmunidad que se sigue de la autonomía (art. 1816), la que sin embargo cede en el supuesto de mala fe previamente analizado⁸⁴⁷.

El inciso en análisis prevé la oponibilidad de excepciones personales⁸⁴⁸ sin límites sustantivos, salvo el caso de transmisiones en procuración o fiduciarias con finalidad análoga.

La regla establecida es similar a la que con carácter particular prevé el artículo 1844 del Código. Sin perjuicio de la remisión al comentario pertinente, señalamos aquí que la razón de la solución legal es que el adquirente en procuración (o a título fiduciario con finalidad similar) no tiene un interés económico propio que pudiera hacerlo ajeno a las excepciones oponibles al transmitente (mandante o fiduciante). Es por ello que en este caso le serán oponibles las excepciones personales de su transmitente, y no las que se verificaren a su respecto.

III.3) *Inciso b: excepciones derivadas del tenor documental*

Las excepciones derivadas del tenor literal del documento (incluyendo a las que corresponden al instrumento de creación del título valor no cartular: art. 1850 del Código) no pueden ser excluidas por el tercero, con independencia de su estado subjetivo.

En doctrina hemos señalado que las denominadas excepciones documentales son aquellas que denuncian la ausencia o defectuosa constitución de la situación objetiva de apariencia, o la divergencia entre el contenido de la pretensión del portador y el contenido de la obligación incorporada o correspondiente al título valor⁸⁴⁹.

esa circulación, la protección del portador del título valor no se presenta, y rige la regla general impuesta por el art. 399 del Código.

⁸⁴⁷ *Supra*, comentario al art. 1816, p. 765.

⁸⁴⁸ Ver art. 1816, III.5.

⁸⁴⁹ BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 300 y ss. Allí distinguimos entre las excepciones vinculadas con la invalidez de la obligación por constitución defectuosa de la situación objetiva de apariencia (excepciones documentales relativas a la forma), las que refieren la divergencia entre el contenido de la pretensión que se hace valer contra el deudor y el contenido de la situación objetiva de apariencia que arroja el documento (excepciones documentales relativas al contenido del derecho),

Se incluyen así en este inciso los defectos de contenido mínimo del título valor⁸⁵⁰, y en general toda discordancia entre la pretensión del portador y las circunstancias particulares de la obligación incorporada o correspondiente al título valor.

Respecto de los títulos valores cartulares, el inciso que comentamos es una manifestación directa de la nota de literalidad (art. 1831 del Código).

III.4) *Inciso c: excepciones derivadas de la falsedad de firma, defecto de representación o de capacidad*

La nota común de las defensas ahora analizadas es la existencia de una circunstancia que hace jurídicamente inviable la atribución de responsabilidad por el pago de la obligación incorporada o correspondiente al título valor a un sujeto determinado.

En doctrina hemos agrupado las excepciones a que se refiere el inciso en comentario dentro de las denominadas excepciones de imputación, que hacen no atribuible al deudor reclamado la situación de apariencia derivada del documento⁸⁵¹.

La relación de estas defensas con la apariencia es manifiesta: nótese que la falsedad consentida o asumida como propia, o el defecto de representación ratificado⁸⁵², hacen inoponible a la excepción.

III.5) *Inciso d: excepciones derivadas de la falta de legitimación del portador*

Al comentar el artículo 1819 se ha referido al concepto de legitimación en la teoría general de los títulos valores. La legitimación, o el carácter de portador legítimo (denominada a veces "legitimación

y las que se sustentan en la ausencia de presupuestos para el ejercicio de la acción cambiaria inferible de la situación objetiva de apariencia (tenor documental). Como lo explicamos más abajo en el texto, el Código señala casos particulares de excepciones documentales también en otros incisos del art. 1821.

⁸⁵⁰ Ver *infra*, comentario al art. 1833.

⁸⁵¹ BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 332 y ss. Por cierto que el Código es compatible con esa construcción intelectual: para el caso de representación aparente, ver comentario al art. 367.

⁸⁵² Ver comentario al art. 369 del Código.

formal”), es una circunstancia objetiva observable del documento, y en ese sentido, normalmente alcanzada por el inciso b, del artículo 1821 del Código.

El inciso d, en análisis, debe ser interpretado de modo más amplio, para cubrir no sólo el defecto de legitimación formal (apartamiento de la ley de circulación del título valor), sino también las cuestiones que denuncien la ausencia de legitimación sustancial (la titularidad, o carácter de acreedor del reclamante).

Igualmente, creemos que es en esta norma donde cabe insertar las vicisitudes de la adquisición del portador, que conforme a otras disposiciones del Código afectan la entidad de su derecho⁸⁵³, las que en doctrina se presentan bajo la denominación de excepciones de tráfico⁸⁵⁴.

III.6) *Inciso e: excepciones derivadas de la alteración del tenor documental*

El inciso en análisis se refiere a la alteración del texto del título (títulos valores cartulares) o del documento inscripto conforme al artículo 1850 (títulos valores no cartulares).

La norma individualiza la solución prevista por el artículo 1821, inciso b —excepciones documentales—, pero debe tenerse presente que existe una regla particular de indispensable consideración para los títulos valores cartulares (art. 1832)⁸⁵⁵.

III.7) *Inciso f: excepciones derivadas de la prescripción o caducidad*

Este caso, que el Código —seguramente inspirado en el sano propósito de ofrecer la necesaria certeza en un tema tan relevante como el de las excepciones oponibles— presenta como un supuesto independiente, comparte la nota documental de la hipótesis prevista por el inciso b⁸⁵⁶.

⁸⁵³ Por ejemplo, la mala fe (art. 1816) y la ausencia de título oneroso (art. 1819).

⁸⁵⁴ Sobre el tema, remitimos a PAOLANTONIO, *Abstracción cambiaria...* cit., especialmente las referencias en notas 28 a 30.

⁸⁵⁵ Allí se remite en honor a la brevedad.

⁸⁵⁶ Son excepciones documentales relativas al ejercicio del derecho (BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 302 y ss.).

La prescripción aludida por la norma es la extintiva o liberatoria (arts. 2554 y ss. del Código).

Se señala que si bien la prescripción es común a cualquier obligación y es de origen legal, la caducidad del derecho puede tener origen convencional (art. 2568 del Código) y no es una nota propia de todos los títulos valores en el plano normativo⁸⁵⁷.

III.8) *Inciso g: excepciones derivadas de la cancelación del título valor o de la suspensión de su exigibilidad*

La cancelación del título valor⁸⁵⁸ importa la anulación de la legitimación del portador, quien mantiene un derecho residual ajeno al título valor, para reembolsarse del cancelante⁸⁵⁹.

En esta línea, la excepción de cancelación presenta rasgos comunes con la de ausencia de legitimación del inciso d, del artículo en análisis: la sentencia de cancelación reconstituye la legitimación formal del cancelante, lo que supone que el entonces portador pierde —por efecto de la cancelación— esa calidad.

El caso es parcialmente diferente para los supuestos de suspensión⁸⁶⁰: en esa circunstancia, se tratará de una excepción dilatoria sujeta al mantenimiento de la suspensión ordenada.

III.9) *Inciso h: excepciones admisibles conforme las leyes procesales*

El último inciso del artículo 1821 se refiere a las excepciones de carácter procesal que establezcan las leyes respectivas. En la práctica, es una cuestión de indudable relevancia la resuelta por la norma, ya que variados títulos valores prevén el ejercicio de los derechos del acreedor en vía ejecutiva, y la regulación del proceso ejecutivo está

⁸⁵⁷ Las normas principales que disponen la caducidad en materia de títulos valores corresponden al decreto-ley 5965/63 (art. 57) y a la ley 24.452 (art. 38).

⁸⁵⁸ Objeto de tratamiento de los arts. 1852 y ss. del Código, a cuyo comentario se remite.

⁸⁵⁹ Se reenvía al comentario del art. 1852, 2º párr. del Código (similar al art. 93 del decreto-ley 5965/63).

⁸⁶⁰ Alternativa prevista para los títulos valores en serie (art. 1856 del Código, adonde remitimos).

reservada, conforme la división constitucional de competencias entre el ámbito nacional y el provincial a la que la norma presta deferencia, a los ordenamientos procesales locales.

Lo que la norma afirma es que en los casos en los que los ordenamientos locales prevén limitación de excepciones –típico supuesto en el proceso ejecutivo–, esa circunstancia habrá de ser respetada y prevalecerá sobre el elenco de excepciones oponibles de los demás incisos del artículo 1821⁸⁶¹.

La interpretación propuesta refleja el criterio abrumadoramente mayoritario de la jurisprudencia y la doctrina nacional sobre la prevalencia de las normas procesales para limitar el ámbito del debate en el juicio ejecutivo, aun apartándose de las normas sustanciales⁸⁶².

III.10) Otras consideraciones relevantes

Como se apuntó, la norma se enfoca en el sujeto pasivo de la excepción o defensa, y nada dice acerca del sujeto activo. Esto es, en la clasificación tradicional entre excepciones reales y personales, por

⁸⁶¹ Una interpretación diferente, que simplemente se basare en la literalidad de la norma para indicar las excepciones de nota procesal (por ej., incompetencia), sería impropia de un Código Civil, al que le sería naturalmente ajeno proponer una solución contraria.

⁸⁶² Criterio que no compartimos plenamente. No es necesario abundar en las razones de nuestra posición en esta sede, para lo que remitimos al lector a BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. II, ps. 239 y ss. Las posiciones clásicas en la materia pueden verse en BERGEL, Salvador D., *Oponibilidad de excepciones causales al tomador inmediato en el proceso ejecutivo cambiario*, en L. L. 120-1125; FERNÁNDEZ, Raymundo, *Ejecución cambiaria. Inoponibilidad de las llamadas "excepciones causales"*, en L. L. 135-1653, y ALEGRIA, Héctor, *Acción cambiaria y acción ejecutiva*, trabajo presentado en las Jornadas sobre Letras de Cambio, Pagarés y Cheques, Córdoba, 1965. Para la jurisprudencia que interpreta en el sentido mayoritario indicado el art. 544, inc. 4º del Código Procesal Civil y Comercial, ver por ejemplo: CSJN, 12-10-76, "Provincia del Neuquén c/Faraday SA", L. L. Online; 15-11-84, "Provincia del Chubut c/Cerro López SA", www.csjn.gov.ar; 27-3-2007, "BCRA c/Rodenas, M. y otro", www.csjn.gov.ar; CNCom., sala A, 4-8-2009, "Deginani, Emilce A. c/Giménez, Mario y otro", www.cij.gov.ar; sala D, 15-5-2008, "Ro Sung Ho c/Jeong Myung Sook", D. J. 2008-2-1716; sala E, 5-6-2008, "Bapro Medios de Pago SA c/Speciali, Juan", www.pjn.gov.ar. Ver también el análisis de DI CHIAZZA, Iván, *Excepción de inhabilidad de título*, en ALONSO, Daniel (dir.), *Ejecución en materia comercial y empresarial*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 141 y ss.

un lado, y objetivas y subjetivas, por el otro, sólo el primer binomio es alcanzado en el texto analizado. De allí que determinar quién concretamente podrá oponer una excepción referida por el artículo 1821 es ajeno al texto comentado.

Por otro lado, el "sólo" del texto en análisis marca la intención de que el elenco previsto presente carácter taxativo. Es una solución que, aunque da certeza al intérprete, posiblemente genere controversias en la doctrina. Es demasiado pronto para juzgar el acierto del criterio adoptado, y debe además considerarse que los diferentes casos mencionados en los incisos de la norma pueden incluir variados supuestos que flexibilicen la limitación que sugiere su interpretación literal⁸⁶³.

IV) Significado de la reforma

En un terreno en el cual las opiniones de la doctrina no han sido nunca concordantes (más allá de un consenso en cuestiones fundamentales), la solución del Código acerca al intérprete una guía valiosa para determinar el alcance de la tutela de los adquirentes de títulos valores, o desde la perspectiva del deudor, las excepciones o defensas oponibles.

Art. 1822 Medidas precautorias. Las medidas precautorias, secuestro, gravámenes y cualquier otra afectación del derecho conferido por el título valor, no tienen efecto si no se llevan a cabo:

- a) en los títulos valores al portador, a la orden o nominativos endosables, sobre el mismo documento;
- b) en los títulos nominativos no endosables, y en los no cartulares, por su inscripción en el registro respectivo;
- c) cuando un título valor se ha ingresado a una caja de valores o a una cámara compensadora o sistema de compensa-

⁸⁶³ En última instancia, no creemos que el elenco del art. 1821 tenga carácter taxativo. Pero para esa conclusión no debe necesariamente derogarse en vía interpretativa el "sólo" del texto legal, sino considerarse con amplitud, dentro de parámetros racionales y en consonancia con otras normas de la teoría general de los títulos valores, algunos de los supuestos objeto de previsión en la norma. En una línea similar, MOLINA SANDOVAL, *Aspectos generales...* cit., p. 286, considera enunciativas las menciones del art. 1821.

ción autorizado, la medida debe notificarse a la entidad pertinente, la que la debe registrar conforme con sus reglamentos.

I) Resumen

La norma determina las condiciones necesarias para la traba de medidas cautelares o que pretendan afectar el derecho incorporado o correspondiente al título valor. Para ello se distingue sobre la base de la ley de circulación del título valor y las formalidades necesarias para su transmisión. La solución legal es un reflejo de la nota de incorporación prevista en el artículo 1815 del Código.

II) Concordancias

Incorporación del derecho (art. 1815); pago liberatorio (art. 1817); necesidad (art. 1830); transferencia del título valor al portador (art. 1837); transferencia del título valor a la orden (art. 1838); transferencia del título valor nominativo endosable (art. 1847); transferencia del título valor nominativo no endosable (art. 1849); transmisión del título valor no cartular y su gravamen (art. 1850).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Necesidad de una solución particular en materia de títulos valores*

En los casos en los que el crédito nace y —eventualmente— se transfiere bajo los parámetros del Derecho Privado general, no existe una conexión primaria o esencial entre el derecho y un documento que puede calificarse como constitutivo.

En esos supuestos, el documento (que incluso puede no existir, más allá de las dificultades probatorias que de ello se seguiría) tiene una función meramente representativa.

No es así en materia de títulos valores, donde la incorporación —que en el Código integra el núcleo conceptual de la categoría jurídica

de título valor— marca una situación distinta que demanda un reconocimiento normativo particular.

La situación es particularmente evidente para los títulos valores cartulares donde además esa conexión se manifiesta en el carácter necesario del documento para la creación, modificación, transmisión y ejercicio del derecho (art. 1830 del Código).

Pero aun para los títulos valores no cartulares la particularidad de la incorporación de la obligación (art. 1815 del Código) conlleva una previsión normativa similar (art. 1850 del Código).

Aunque bajo el marco conceptual de la teoría general de los títulos valores que se presenta en los artículos 1815 a 1881 del Código la imposibilidad de una solución diferente pareciera evidente⁸⁶⁴, no han sido extrañas a los repertorios jurisprudenciales situaciones en las que se ha debatido el tema⁸⁶⁵.

III.2) *Los casos contemplados en el artículo 1822*

La norma en análisis niega efectos a cualquier intento de afectación del derecho incorporado al título valor (sean de origen legal o convencional) si no se cumple con lo en ella previsto.

En otros términos, la eficacia de las medidas precautorias y demás supuestos alcanzados por el artículo 1822 se supedita a lo establecido en la regla legal que se ha comentado, que diferencia situaciones sobre la base de la ley de circulación del título valor⁸⁶⁶.

Así, para los títulos valores en los cuales la tradición o entrega del título valor tiene un rol esencial, será necesario que la afectación del derecho incorporado se realice sobre el mismo documento. Es éste el caso de los títulos valores al portador, a la orden, y de los nominativos endosables.

⁸⁶⁴ Véase, por ejemplo, el comentado art. 1817, y el art. 1830 para los títulos valores cartulares.

⁸⁶⁵ Ver PAOLANTONIO, Martín E. y RICCI, Armando F., *¿Embargo de derechos creditorios cartulares?*, en J. A. 2000-III-610. Allí comentamos el caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, donde en primera instancia se había aceptado el embargo del derecho incorporado al título valor, condicionado a que el portador legítimo del documento fuera una persona determinada, a quien se demandaba en la acción judicial.

⁸⁶⁶ Concepto que analizamos más arriba al comentar el art. 1816, III.3.

Para los supuestos en los que la inscripción en el registro tiene un carácter constitutivo y resulta esencial para la legitimación del portador, la eficacia de la afectación se supedita a la constancia en el registro correspondiente (lo que aplica a los títulos valores nominativos no endosables y a los títulos valores no cartulares).

La parte final del artículo 1822 se refiere a los supuestos en los que los títulos valores se hubieren ingresado a un sistema de depósito colectivo o negociación centralizada. Aquí la norma del Código requiere la registración, pero defiere la implementación de esa medida a lo dispuesto en las reglamentaciones correspondientes.

IV) Significado de la reforma

La norma en estudio da solución a cuestiones prácticas que pueden plantearse en la traba de medidas precautorias, de un modo consistente a las normas centrales de la teoría general de los títulos valores que el Código incorpora. En este caso, se establece una manifestación particular de la nota de incorporación del derecho (art. 1815), con su extensión a los títulos valores no cartulares.

Art. 1823 *Firmas falsas y otros supuestos.* Aunque por cualquier motivo el título valor contenga firmas falsas, o de personas inexistentes o que no resulten obligadas por la firma, son válidas las obligaciones de los demás suscriptores, y se aplica lo dispuesto por el artículo 1819.

I) Resumen

La norma consagra la regla de independencia de las obligaciones incorporadas al título valor, señalando que cualquier vicio o defecto particular a una de las firmas no exonera ni limita la responsabilidad de otros firmantes. Asimismo, la remisión al artículo 1819 asegura la posición del adquirente del título valor, que tendrá el carácter de titular cuando se verifiquen las condiciones previstas en esa norma.

II) Concordancias

Circunstancias de los vínculos y defensas en las obligaciones so-

lidarias (arts. 830 y 831); autonomía (art. 1816); titularidad y adquisición *a non domino* (art. 1819); defensas oponibles (art. 1821); responsabilidad de los firmantes (art. 1826). Decreto-ley 5965/63 (art. 7°). Ley 24.452 (art. 10).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El principio de independencia de las obligaciones incorporadas al título valor*

La regla legal en análisis establece el principio doctrinariamente identificado como "independencia de las obligaciones" incorporadas al título valor, que con un lenguaje análogo está presente en la legislación sobre letras de cambio y pagaré (art. 7° del decreto-ley 5965/63) y cheque (art. 10 de la ley 24.452).

La solución atiende a indudables exigencias de certeza en la adquisición del derecho en la faz circulatoria del documento, y no es totalmente ajena a las hipótesis previstas en el Derecho Privado general para las obligaciones solidarias (arts. 830 y 831 del Código). Es claro que extender la invalidez de una obligación a las demás importaría un golpe fatal para la aptitud circulatoria del derecho incorporado, en abierta contradicción con la finalidad de la disciplina jurídica de los títulos valores plasmada en el Código.

III.2) *Supuestos alcanzados y consecuencias jurídicas de la independencia de las obligaciones incorporadas al título valor*

El artículo en comentario protege al adquirente de los vicios sustanciales de una o más obligaciones incorporadas al título valor, que opera como una materia aglutinante de las diversas obligaciones a él vinculadas⁸⁶⁷.

Es un presupuesto implícito de la norma que el título valor sea formalmente válido, ya que la protección se refiere a vicios indivi-

⁸⁶⁷ Para una referencia a las características jurídicas de las obligaciones incorporadas al título valor y la nota de solidaridad, remitimos al comentario al art. 1826.

duales de las obligaciones incorporadas, pero no subsana las omisiones de contenido que privaren de validez al título valor en los términos del artículo 1833 del Código⁸⁶⁸.

La ineficacia de la obligación incorporada no sólo no puede ser aprovechada –vía la oposición de una excepción o defensa– por los demás obligados, sino que tampoco tiene virtualidad para afectar la adquisición de la titularidad, cumplidos los recaudos mencionados por el artículo 1819 del Código⁸⁶⁹.

IV) Significado de la reforma

Aunque puede verse como un complemento natural de la regla de autonomía (art. 1816 del Código), la norma en estudio se relaciona con cuestiones diferentes, vinculadas con la convivencia en el título valor de obligaciones de sujetos diferentes y con distintas causas (ver comentario al art. 1826, *infra*). En este marco, se precisa que la ineficacia de cualquier obligación vinculada con el título valor no afecta ni la validez de las demás obligaciones, ni la posibilidad de adquisición *a non domino*.

Art. 1824 Incumplimiento del asentimiento conyugal. El incumplimiento del requisito previsto en el artículo 470, inciso b) en los títulos

⁸⁶⁸ Interpretando la solución análoga del art. 10 de la ley 24.452, se ha resuelto que “en virtud del principio de autonomía e independencia de las obligaciones cambiarias documentadas en el cheque, si una de las firmas insertas en el título valor resulta inválida, dicha invalidez no involucra al resto de las suscripciones efectuadas sobre aquél, siempre y cuando el cheque contenga todos los elementos legales exigidos para su validez” (C⁴CCom. de Córdoba, 12-6-2008, “Castillo, Walter Carlos c/Cegan SRL y otro”, L. L. C. 2008 [setiembre], 911; 3-10-2005, “Cooperativa de Servicios Públicos de Colonia Caroya y Jesús María Ltda. c/Canteras San Nicolás SRL”, L. L. C. 2006 [abril], 368). Y en sentido similar, que “la falsedad de la firma del endosante de un cheque no afecta la legitimación del demandante para accionar contra el librador del mismo, pues el hecho de que el título lleve firmas falsas o de personas incapaces de obligarse no afecta las obligaciones de los otros suscriptores” (CNCom., sala E, 7-11-2002, “Asociación Mutual Com. del Int. y Pers. AFIP Región Junín c/Zingman, Alberto”, D. J. 2003-1-1032).

⁸⁶⁹ Adquisición conforme a la ley de circulación, título oneroso y ausencia de culpa grave (buena fe subjetiva). Véase el comentario *supra* al art. 1819.

nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública.

I) Resumen

Para los títulos valores cuya transferencia requiere el asentimiento conyugal (nominativos no endosables o escriturales), el artículo 1824 hace inoponible ese recaudo cuando el tercero es de buena fe (ignorancia sin culpa grave del estado matrimonial del transmitente).

II) Concordancias

Asentimiento conyugal (arts. 456 a 459 y 470); titularidad y adquisición *a non domino* (art. 1819); excepciones oponibles (art. 1821); independencia de las obligaciones incorporadas (art. 1824); transmisión de títulos valores nominativos no endosables (art. 1849); transmisión de títulos valores no cartulares (art. 1850).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El asentimiento conyugal y la transferencia de títulos valores*

Bajo el código derogado, la doctrina y jurisprudencia presentaban matices a la hora de interpretar la expresión “derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria” y su relación con ciertos tipos de títulos valores en los cuales la transferencia incorpora la anotación en un libro o registro como elemento esencial para su eficacia.

El Código zanja toda posibilidad de discusión al incluir expresamente en su artículo 470 (necesidad de asentimiento conyugal para la transmisión de bienes gananciales) a “las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública” (ver t. III, ps. 129 y 191).

Quedan excluidos del asentimiento conyugal la totalidad de los tí-

tulos valores al portador, a la orden y nominativos endosables, y otros títulos valores nominativos no endosables diferentes de las acciones⁸⁷⁰.

III.2) *La inoponibilidad de la falta de asentimiento conyugal al adquirente del título valor*

A diferencia de lo que ocurre en otros supuestos donde existe algún defecto en la capacidad o legitimación del transmitente, la inoponibilidad de esa circunstancia no se supedita a la adquisición conforme a la ley de circulación o al título oneroso de la adquisición⁸⁷¹.

La norma se contenta con requerir la buena fe del portador, aunque sin precisar qué ha de entenderse en este caso por ese estado subjetivo. En líneas generales, la propuesta interpretativa que se realizó previamente al comentar el artículo 1819⁸⁷² acerca de la buena fe es válida para el supuesto bajo análisis.

Así el adquirente debe, conforme las circunstancias particulares de la transacción y con una diligencia razonable, indagar el estado matrimonial del transmitente. En materia de adquisición del título valor, nunca la ignorancia ciega y deliberada puede calificarse como buena fe.

Una cuestión relevante en el plano interpretativo es el significado a asignar a la expresión legal "terceros portadores de buena fe". En nuestra opinión, la norma no aplica al adquirente que se vincula directamente con el transmitente que no obtiene el asentimiento conyugal, que no califica como tercero en la perspectiva de la teoría general de los títulos valores. Sin embargo, la aplicación de la norma general (art. 470 del Código) y su reenvío al artículo 1824 pueden hacer abstracta la conclusión señalada. Cabe aquí recordar que las normas sobre títulos valores no tienen como regla general un carácter

⁸⁷⁰ La opción del legislador reconoce que es frecuente en nuestro país el recurso a la sociedad anónima para el desarrollo de actividades empresariales en el seno familiar, o aun fuera de éste, en emprendimientos que pueden constituir una parte sustancial del acervo de la sociedad conyugal. Ver *supra*, comentario al art. 470 para consideraciones adicionales sobre el tema y MOLINA SANDOVAL, *Aspectos generales...* cit., ps. 287 y 288.

⁸⁷¹ *Supra*, comentario al art. 1819. Ello no predica necesariamente la validez de esas transmisiones, sino su sujeción a las normas generales del Código.

⁸⁷² Ver ps. 754 y 755.

exorbitante a las normas generales del derecho privado entre quienes se encuentran directamente vinculados⁸⁷³.

Pero en cualquier caso, un matiz para la conclusión anterior se hace necesario para los títulos valores incorporados al régimen de oferta pública, donde las transacciones son típicamente impersonales. En este caso, y dando sentido a la parte final del artículo 1825, cabe considerar aún al adquirente directo como protegido por el defecto en el negocio de transmisión, a menos que se acredite su mala fe⁸⁷⁴.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, apartado IV.

Art. 1825 *Representación inexistente o insuficiente. Quien invoca una representación inexistente o actúa sin facultades suficientes, es personalmente responsable como si actuara en nombre propio. Igual responsabilidad tiene quien falsifica la firma incorporada a un título valor.*

I) Resumen

La norma prevé un supuesto particular de responsabilidad para los casos de defecto en las facultades representativas: la regla general del artículo 376 del Código (deber de indemnizar daños y perjuicios) muta por una responsabilidad directa por el pago del título valor. Igual solución se aplica al falsificador.

II) Concordancias

Limitaciones a la representación (art. 361); representación aparente

⁸⁷³ Partes, por oposición a terceros. Para el adquirente directo, se aplican las normas generales del Código en materia de asentimiento y su omisión (arts. 456 a 459).

⁸⁷⁴ Que no imaginamos posible, a menos que —no obstante que los títulos valores se oferten públicamente— la transacción sea personal y con conocimiento directo de las partes (lo que puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de las transmisiones del control societario —adquisición de empresas—, en las que la operación no se realiza por el mecanismo impersonal del mercado de valores).

(art. 367); facultades especiales para la representación (art. 375); responsabilidad por inexistencia o exceso en la representación (art. 376); excepciones oponibles (art. 1821); independencia de las obligaciones incorporadas al título valor (art. 1823). Decreto-ley 5965/63 (arts. 8° y 9°). Ley 24.452 (art. 10). Ley 19.550 (art. 58).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El defecto de representación en materia de títulos valores*

La inexistencia de representación o su insuficiencia, conforme a las reglas generales del Código (art. 376), pone en cabeza del falso representante el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados. Ello supone que no se verifica un supuesto de representación aparente (art. 367), la ausencia de ratificación (arts. 369 a 371), y que quien realizó el acto jurídico con el supuesto representante actuó diligentemente (art. 361)⁸⁷⁵.

Conceptualmente puede distinguirse entre: (i) la falta de representación, donde lisa y llanamente no existe poder, ya sea porque éste nunca fue otorgado o bien porque el mismo se encuentra extinguido, y (ii) el exceso de representación, situación en la cual si bien se verifica básicamente una relación representativa, la actuación del representante extralimita el poder, ya en forma cuantitativa (exceso de suma), ya en forma cualitativa (exceso causal)⁸⁷⁶.

La responsabilidad por daños y perjuicios es reemplazada en materia de títulos valores —de modo análogo a lo que ocurre en los casos particulares de la letra de cambio, pagaré y cheque⁸⁷⁷— por otra de carácter sustitutivo por la cual el falso representante (en sentido amplio) es obligado al pago del título valor, como si lo hubiera suscripto a

⁸⁷⁵ Remitimos al análisis de todas las normas mencionadas, cuyo comentario permite una comprensión cabal del correspondiente al art. 1825 del Código. Asimismo, para la referencia a las facultades expresas para la representación en materia de títulos valores, véase el art. 375 y su desarrollo.

⁸⁷⁶ En tanto en las hipótesis de falta o exceso de poder hay ausencia de facultades, en las situaciones de abuso de poder se verifica la existencia de una relación representativa, aunque la misma se utiliza en infracción a la obligación básica del representante de preferir los intereses del representado (ver art. 368 del Código).

⁸⁷⁷ Art. 8° del decreto-ley 5965/63 y art. 10 de la ley 24.452.

nombre propio⁸⁷⁸. El fundamento de esa responsabilidad es la apariencia creada por la actuación en nombre ajeno⁸⁷⁹.

III.2) *La responsabilidad del falsificador*

La parte final del artículo 1825 extiende la solución (responsabilidad sustitutiva del firmante) al falsificador. La solución legal se explica porque, al igual que el falso representante, el falsificador genera con su actuación la apariencia en la que el tercero ha confiado.

Se trata de una cuestión a la cual la doctrina nacional no ha prestado la atención necesaria, y que propiciamos en vía interpretativa aun antes de la vigencia del Código⁸⁸⁰.

IV) Significado de la reforma

La norma en análisis propone una solución diferenciada de las reglas generales del Código, reemplazando a la obligación de indemnizar daños y perjuicios por una responsabilidad personal directa de cumplir la prestación incorporada al título valor. Es una solución más adecuada, en tanto simplifica la posición jurídica del portador, que puede tratar al firmante no autorizado (en sentido amplio) como cualquier otro obligado al pago del título valor.

Art. 1826 *Responsabilidad.* Excepto disposición legal o cláusula expresa en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, pero no los demás intervinientes.

Las obligaciones resultantes de un título valor pueden ser ga-

⁸⁷⁸ Ésa es la interpretación que se juzga adecuada para la expresión legal “personalmente responsable como si actuara en nombre propio”. El apartamiento de la solución indemnizatoria de las normas generales del Código (art. 376) es una previsión que refuerza el valor económico del derecho incorporado al título valor, no poniendo en cabeza de su adquirente la prueba de un concreto perjuicio, sino permitiéndole considerar al falso representante (en sentido amplio) como un obligado más al pago del título valor.

⁸⁷⁹ BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 346 y ss., y en BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., *La representación en materia cambiaria*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 6, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 285.

⁸⁸⁰ BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 388 y 389.

rantizadas por todas las garantías que sean compatibles. Las garantías otorgadas en el texto del documento o que surgen de la inscripción del artículo 1850, son invocables por todos los titulares y, si no hay disposición expresa en contrario, se consideran solidarias con las de los otros obligados.

I) Resumen

La norma otorga un tratamiento diferenciado a los participantes en la creación o transmisión de un título valor. Los primeros, salvo cláusula expresa en el título valor (válida conforme la normativa aplicable o los términos del acto de creación), son siempre responsables por el pago. Los demás no tienen responsabilidad por el pago a menos que ello esté legal o convencionalmente previsto.

Adicionalmente, se prevé un régimen amplio de garantías, sujeto a la compatibilidad con las características del título valor y las previsiones generales del ordenamiento jurídico.

II) Concordancias

Concepto de obligaciones solidarias (art. 827); responsabilidad del endosante (art. 1846). Decreto-ley 5965/63, responsabilidad del librador de la letra de cambio y suscriptor del pagaré (art. 10); aval en la letra de cambio y pagaré (art. 32); solidaridad de los obligados en la letra de cambio y el pagaré (art. 51). Ley 24.452, responsabilidad del librador del cheque (art. 11); solidaridad de los obligados al pago del cheque (art. 40); aval en el cheque (art. 51). Ley 23.576, garantías en las obligaciones negociables (art. 3°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los creadores de títulos valores y otros participantes en la circulación: responsabilidad por el pago*

Los títulos valores tienen una vocación natural para circular. En esa movilización de la riqueza o crédito se presentan diferentes sujetos que incluyen a los creadores o emisores, transmitentes y garantes.

De ellos, el rol del creador o emisor es fundamental ya que en

el momento inicial el valor económico del derecho incorporado depende de su buen crédito y solvencia.

Ello no sólo explica por qué la norma en comentario le asigna responsabilidad solidaria a los creadores del título valor como regla legal por defecto, sino también por qué normas particulares consideran ineficaz cualquier cláusula de exoneración de responsabilidad por el pago del título valor⁸⁸¹.

En la etapa de circulación o tráfico del título valor, la situación de los transmitentes u otros intervinientes (con la lógica exclusión de los garantes) dependerá de las particulares características del título valor y las expectativas sociales que bien reflejan las normativas particulares existentes.

Así, refiriéndose a las letras de cambio, pagarés y cheques, su uso comercial hace esperable que cada transmitente adicione su garantía para el pago, salvo cláusula en contrario⁸⁸² —principio reconocido por el artículo 1846 del Código⁸⁸³—.

Sin embargo, en otros ámbitos —como el caso de los títulos valores en serie, donde además el tráfico o circulación puede asumir un carácter totalmente impersonal⁸⁸⁴—, esa garantía adicional no es esperada ni reconocida legalmente⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ Art. 10 del decreto-ley 5965/63 para las letras de cambio y pagarés; art. 11 de la ley 24.452 para los cheques. En PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., p. 69, recordamos las opiniones de Cámara (*Letra de cambio...* cit., t. I, p. 431), quien afirmaba que si el librador pudiera exonerarse de responsabilidad por el pago, el documento carecería de valor económico al no contar con respaldo alguno— y de Rodolfo Fontanarrosa (*Régimen jurídico del cheque*, ed. act. por Enrique M. Butty y José Luis Monti, Zavallá, Buenos Aires, 1999, p. 151), que señalaba que si se admitiera una exoneración de garantía de pago por parte del librador, su obligación quedaría sometida a una especie de condición puramente potestativa, lo que privaría de eficacia al título valor, puesto que no cabe olvidar que la figura del librador es necesaria para su existencia misma, en tanto la de los endosantes es contingente.

⁸⁸² Art. 16 del decreto-ley 5965/63 y art. 16 de la ley 24.452.

⁸⁸³ Correspondiente a los títulos a la orden que se transmiten por endoso. Ver *infra* su comentario.

⁸⁸⁴ Por ejemplo, la circulación de obligaciones negociables en el régimen de oferta pública, negociadas en el mercado de valores.

⁸⁸⁵ Sin perjuicio de que los intereses particulares del transmitente y adquirente puedan considerarse vía la asunción voluntaria de la posición de garante por parte de aquél.

III.2) *El otorgamiento de garantías para el pago del título valor*

El segundo párrafo del artículo 1826 establece en primer término una regla de amplitud para el otorgamiento de garantías⁸⁸⁶ para el pago de un título valor.

Así, será posible la previsión de garantías personales (sean éstas de origen contractual o constituidas por acto unilateral)⁸⁸⁷ o reales⁸⁸⁸, o aun de garantías atípicas en los límites correspondientes a la autonomía de la voluntad.

En la parte final de ese segundo párrafo se determinan las condiciones para que la garantía sea aprovechable por cualquier titular del título valor: la incorporación al documento, o su previsión en el instrumento de creación del título valor no cartular.

La norma señala el criterio particular del Código en la calificación de la garantía como inherente al título valor, de modo tal que la transmisión de éste incluye al elemento accesorio (la garantía)⁸⁸⁹.

Por supuesto que esa limitación del texto comentado cede en los casos en los que las normas particulares admitan la garantía de la obligación incorporada sin referencia documental⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ Cabe entender por garantía a "una norma de Derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste no tiene por sí mismo, de forma tal que esta adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho. Se trata de una ampliación del poder jurídico del acreedor —con respecto a los poderes que ostenta de ordinario—, existiendo un nuevo derecho o facultad" (BUERES, Alberto y MAYO, Jorge, *Lineamientos generales sobre las "garantías" de la obligación en el Derecho Privado*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 7). Es, en síntesis, un plus del crédito o relación obligatoria.

⁸⁸⁷ Al contrato de fianza como garantía personal típica de origen contractual (arts. 1574 y ss. del Código) se le agregan las garantías unilaterales previstas por el art. 1810 del Código, a cuyo comentario remitimos.

⁸⁸⁸ Las garantías reales, constituidas como derechos reales de garantía (arts. 2184 y ss. del Código —que incluyen la cesión en garantía que el art. 1615 del Código considera una prenda de créditos—), o bajo la modalidad de fideicomiso en garantía (art. 1680 del Código).

⁸⁸⁹ Ver más arriba comentario al art. 1818.

⁸⁹⁰ Consecuencia lógica del carácter de norma general de la regla en análisis, que cede ante disposiciones especiales (ver *infra*, comentario al art. 1834). Es ése el caso del aval por documento separado para los títulos valores cambiarios, que se transmite jun-

III.3) *La solidaridad de los obligados al pago del título valor*

El artículo 1826 prevé como solución por defecto la solidaridad de los obligados al pago. La referencia al carácter solidario del vínculo está también presente en normas particulares sobre títulos valores⁸⁹¹.

Sin embargo, esa atribución no puede entenderse como una remisión a las normas generales en materia de obligaciones solidarias (arts. 827 y ss.).

La doctrina ha establecido desde antaño las distinciones entre la solidaridad para el pago del título valor y la solidaridad en el derecho privado general⁸⁹².

Esa distinción es hoy además fácilmente reconducible al texto del Código, que en su artículo 827 señala la existencia de una causa única de deber como elemento de la obligación solidaria, lo que no se verifica en materia de títulos valores⁸⁹³.

También el régimen de defensas tiene un tratamiento normativo diferente (arts. 831, 835 y 1821 del Código).

De allí que si bien se puede utilizar el término "solidaridad", de inveterado uso en la doctrina y presente en normas especiales sobre títulos valores, se ha sostenido antes⁸⁹⁴ que las obligaciones incorporadas al título valor se insertan mejor en la categoría de obligaciones concurrentes, más allá de la existencia de soluciones que le son específicas⁸⁹⁵.

IV) *Significado de la reforma*

Las diversas cuestiones que trata el artículo 1826 son centrales a

tamente con el derecho incorporado (sobre el tema, ALEGRIA, Héctor, *El aval*, 2ª ed. ampl. y act. por Martín E. Paolantonio, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 188 y ss.).

⁸⁹¹ Art. 51 del decreto-ley 5965/63 (letras de cambio y pagarés); art. 40 de la ley 24.452 (cheques).

⁸⁹² Ver BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, ps. 137 y ss., y las referencias allí citadas.

⁸⁹³ Donde la causa fuente —salvo hipótesis de coobligación— es siempre separada.

⁸⁹⁴ BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. I, p. 165.

⁸⁹⁵ Las obligaciones concurrentes "son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes" (art. 850 del Código). Ver t. V, p. 312.

la teoría general de los títulos valores. En éstos, la presencia de múltiples sujetos exige una definición de su responsabilidad, de manera consistente con los usos y expectativas de los participantes del tráfico. En esa línea, la responsabilidad solidaria (con el alcance explicado acerca de ese término) es lógico que se prevea como solución por defecto para los creadores del título valor, y para quienes asumen la posición de garantes (posibilidad reconocida con amplitud por el art. 1826).

Art. 1827 Novación. Excepto novación, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente. El portador sólo puede ejercer la acción causal contra el deudor requerido si el título valor no está perjudicado, y ofrece su restitución si el título valor es cartular. Si el portador ha perdido las acciones emergentes del título valor y no tiene acción causal, se aplica lo dispuesto sobre enriquecimiento sin causa.

I) Resumen

La norma reconoce que la relación subyacente que explica la creación o transmisión del título valor no se extingue salvo novación.

Prevé además las condiciones para el ejercicio de la acción causal (ausencia de perjuicio del título valor y su restitución en caso de ser cartular), y la existencia de una acción residual de enriquecimiento en beneficio del portador.

II) Concordancias

Voluntad de novar (art. 934); acción de enriquecimiento (art. 1794); carácter residual de la acción de enriquecimiento (art. 1795); accesorios (art. 1818); excepciones oponibles (art. 1821). Decreto-ley 5965/63, acción causal en la letra de cambio y pagaré (art. 61); acción de enriquecimiento en la letra de cambio y pagaré (art. 62). Ley 24.452, acción causal y acción de enriquecimiento en el cheque (art. 40).

III) Interpretación de la norma

III.1) Ausencia de novación

Particularizando el principio que establece el artículo 934 del Código⁸⁹⁶, la norma reconoce que ni la creación ni la transmisión del título valor extinguen por novación a la obligación causal o subyacente (ausencia de presunción de novación).

Así, por ejemplo, si se entrega un cheque en razón de una deuda por una compra de mercaderías, el beneficiario del cartular mantiene sus derechos bajo esa relación contractual⁸⁹⁷.

III.2) Condiciones para el ejercicio de la acción causal

La pretensión fundada en la relación causal o subyacente se denomina acción causal⁸⁹⁸.

La norma en comentario requiere expresamente dos condiciones para su ejercicio:

- a) *La ausencia de perjuicio.* El portador del título valor debe evitar la caducidad y prescripción de las acciones que de él derivan⁸⁹⁹ y que pudieran existir en cabeza del accionado causalmente. Se pretende evitar al deudor *ex causa* el daño que le ocasionaría la pérdida de las acciones cambiarias para regresar contra los obligados anteriores⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Presente también en el art. 61 del decreto-ley 5965/63. La excepción al principio general se verifica en materia de letras hipotecarias, para las cuales el art. 37 de la ley 24.441 dispone la novación legal de la obligación garantizada.

⁸⁹⁷ La CNCom., sala D, 25-2-94, "Deutz Argentina SA c/Gutiérrez, Marcos A.", L. L. Online, ha señalado que la acción causal encuentra su explicación en el hecho de que el cheque se libra o se transfiere *pro solvendo*, es decir, como promesa de pago, a diferencia de la emisión *pro soluto*, esto es, con eficacia voluntaria de pago y efecto sustitutivo y novatorio de la relación subyacente.

⁸⁹⁸ La acción causal es aquella que tiene como *causa petendi* el negocio subyacente en virtud del cual se creó o transmitió el cheque, y que tiene por *petitum* la satisfacción del crédito causal (CCCom. de San Martín, sala II, 4-11-2004, "Marchesín, Marcelo A. c/Sanguinetti, María A.", Lexis N° 14/103029).

⁸⁹⁹ Las que, recordamos, son oponibles *erga omnes*: ver *supra*, comentario al art. 1821, III.7.

⁹⁰⁰ Para el análisis particular de este recaudo en materia de cheques ver PAO-LANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., p. 196.

- b) *La restitución del título valor cartular.* Esta exigencia se justifica en la necesidad de determinar la legitimación del acreedor (función probatoria) y evitar la posibilidad de que al deudor le sea exigida por un tercero la prestación incorporada, asegurándole además la posibilidad de ejercicio de las acciones que le competan (función cautelar). Entendemos que la restitución sólo debe hacerse efectiva en la oportunidad del acogimiento de la acción. Con anterioridad, sólo puede exigirse al actor, y a tenor de las disposiciones procesales locales, el acompañamiento del cartular como prueba documental al inicio de la acción⁹⁰¹.

Aunque no se menciona en el artículo 1827 que el ejercicio de la acción causal está condicionado a la exigibilidad del derecho incorporado al título valor, esa solución se impone como consecuencia natural de la interrelación entre la relación jurídica causal y el vínculo del título valor⁹⁰².

III.3) *Condiciones para el ejercicio de la acción de enriquecimiento*

La acción de enriquecimiento se presenta en la norma como subsidiaria, conforme las normas generales (art. 1795) y consistente con las previsiones particulares para algunos títulos valores⁹⁰³.

Son requisitos para su ejercicio en la norma que comentamos:

- a) *La pérdida de las acciones derivadas del derecho incorporado al título valor.* Seguida de la prescripción o caducidad de esas acciones, aun cuando no exista una declaración judicial al respecto. Esta circunstancia es lo que constituye el daño o empobrecimiento del actor en la acción de enriquecimiento.
- b) *Inexistencia de acción causal.* Sea que la acción causal no hubiere nunca existido (novación voluntaria al tiempo de la en-

⁹⁰¹ Un desarrollo adicional del tema se puede ver en PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., p. 195.

⁹⁰² BERGEL y PAOLANTONIO, *Acciones...* cit., t. II, ps. 89 y ss.

⁹⁰³ Art. 62 del decreto-ley 5965/63 para letras de cambio y pagarés, al que remite el art. 40 de la ley 24.452 para los cheques.

trega del título valor), o se hubiere extinguido (acuerdo de novación posterior, perjuicio del título valor o prescripción de la acción causal), el carácter de *ultima ratio* de la acción de enriquecimiento exige que no exista ninguna otra acción "para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido" (art. 1795 del Código).

IV) *Significado de la reforma*

La norma transforma en regla general al reconocimiento de la existencia de las acciones causal y de enriquecimiento que prevén disposiciones particulares sobre los títulos valores (ver más arriba las concordancias), evitando de ese modo cualquier duda que pudiera plantearse para títulos valores cuya normativa no incorporara una previsión análoga, o para los títulos valores atípicos. Se obtiene además consistencia e integración con las normas generales de derecho privado sobre novación y enriquecimiento sin causa.

Art. 1828 *Títulos representativos de mercaderías.* Los títulos representativos de mercaderías atribuyen al portador legítimo el derecho a la entrega de la cosa, su posesión y el poder de disponerla mediante la transferencia del título.

I) *Resumen*

La norma señala las notas características de los títulos valores representativos de mercaderías, que se sintetizan en los derechos asignados a su portador: obtener la entrega de la cosa, ser considerado u obtener la posesión, y disponer de la mercadería mediante la transmisión del título valor.

II) *Concordancias*

Carta de porte en el contrato de transporte (arts. 1298 a 1303); concepto de título valor (art. 1815); efectos de la transferencia del título valor (art. 1818). Código Aeronáutico, carta de porte en el transporte aeronáutico (arts. 119 y ss.).

III) Interpretaci3n de la norma**III.1) *Los títulos valores representativos de mercaderías***

Si se considera el objeto del derecho incorporado, los títulos valores pueden clasificarse en obligacionales (los que incorporan derechos de crédito, típicamente pecuniarios o dinerarios, y constituyen la especie más común), de participaci3n (los que además de un derecho de crédito reconocen una serie de derechos vinculados con una posici3n jurídica en una organizaci3n, como las acciones de una sociedad an3nima), y de tradici3n o reales, que se caracterizan por conferir a su portador legítimo la posesi3n mediata de las mercaderías, el derecho a exigir su entrega o restituci3n, y el poder de disposici3n⁹⁰⁴.

III.2) *Los derechos asignados al portador legítimo*

La relaci3n necesaria entre el documento y las mercaderías se traduce en la configuraci3n de los derechos del portador legítimo, que incluyen:

- a) Obtener la entrega y posesi3n de las mercaderías. Es el derecho primario que corresponde al legitimado en virtud del título valor, y el que más genuinamente refleja la incorporaci3n del derecho. El título valor representativo de mercaderías documenta la obligaci3n de entrega del transportista o depositario, y el consecuente derecho del portador de aqu el.
- b) Disponer de las mercaderías. En este caso, la posibilidad de disponer de las mercaderías vía la transferencia del título valor expresa la funci3n de circulaci3n que es característica de la categoría jurídica. Se dispone de la mercadería transfiriendo el título valor, lo que pone al adquirente en la posici3n jurídica de un acreedor sujeto a la protecci3n particular que otorga la disciplina particular de los títulos valores (autonomía en el plano obligatorio y real: arts. 1816 y 1819 del C3digo)⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ PEND3N MELÉNDEZ, Miguel, *Los títulos representativos de la mercancía*, Marcial Pons, Madrid, ps. 17 y ss.

⁹⁰⁵ Esta circunstancia no debe llevar a la conclusi3n de que en este caso el título valor incorpora un derecho real. El derecho incorporado sigue siendo de crédito (personal), pero por su intermedio se permite la transmisi3n de un derecho

IV) Significado de la reforma

Aun cuando en la actualidad los títulos valores representativos de mercaderías no desempeñan la funci3n econ3mica ni presentan la relevancia práctica de otras  pocas⁹⁰⁶, su previsi3n en la teoría general de los títulos valores resulta necesaria por razones de integridad. Por otro lado, la norma sintetiza en un texto de fácil comprensi3n las notas particulares de la especie.

Art. 1829 *Cuotapartes de fondos comunes de inversi3n. Son títulos valores las cuotapartes de fondos comunes de inversi3n.*

D) Resumen

La norma reconoce expresamente el carácter de títulos valores a las cuotapartes de fondos comunes de inversi3n, despejando así cualquier duda que pudiera existir debido a las particularidades de ese vehículo de inversi3n colectiva.

II) Concordancias

Concepto de título valor (art. 1815). Ley 24.083, concepto legal de fondo común de inversi3n (art. 1 ); cuotapartes (art. 18). Ley 26.831 (art. 2 ).

III) Interpretaci3n de la norma**III.1) *El reconocimiento del carácter de título valor a las cuotapartes***

La norma reconoce su fuente en el Proyecto de C3digo Civil de 1998 (art. 1761), y su reiteraci3n en el C3digo podría considerarse innecesaria si no fuera por la escasa atenci3n que la doctrina nacional

real: RECALDE CASTELLS, Andrés, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Civitas, Madrid, 1992, p. 53.

⁹⁰⁶ Ver sobre el tema RECALDE CASTELLS, *El conocimiento de embarque... cit.*, ps. 205 y ss.

le ha otorgado a los fondos comunes de inversión y a los títulos valores que representan los derechos de los inversores, denominados cuotas partes⁹⁰⁷.

La inserción del inversor (cuotapartista) en el vehículo de inversión colectiva (fondo común de inversión) importa la adhesión de pleno derecho al reglamento de gestión (contrato de inversión colectiva) y la adquisición —en el concepto legal de fondo común de inversión del artículo 1° de la ley 24.083— de un derecho real a una parte indivisa del patrimonio del fondo común de inversión y de un derecho de crédito a los eventuales beneficios que se sigan de la gestión de ese patrimonio.

III.2) Breve referencia a las cuotas partes como título valor

La ley 24.083 de fondos comunes de inversión no se ocupa en detalle de determinar el régimen jurídico de las cuotas partes, limitándose a algunas referencias aisladas (por ej.: arts. 1°, 18 y 21).

En el marco de la teoría general de los títulos valores y las clasificaciones más usuales, las cuotas partes son:

- a) Títulos valores causales, integrados en su disciplina jurídica por las cláusulas del reglamento de gestión.
- b) Títulos valores nominativos no endosables o escriturales, o representados para el caso de cuotas partes de fondos comunes de inversión cerrados (que tienen oferta pública y negociación en mercados de valores) por certificados globales⁹⁰⁸.
- c) Títulos valores de participación, ya que no existe un único de-

⁹⁰⁷ Se había afirmado el carácter de título valor de las cuotas partes aun antes del Proyecto de Código Civil de 1998: PAOLANTONIO, Martín E., *Fondos comunes de inversión*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 135 y ss., circunstancia generalmente aceptada en el derecho comparado y que ya nuestra doctrina había sostenido en 1960 (FONTANARROSA, Rodolfo, "Investment trusts" y sociedades de inversión, en J. A., sec. Doctrina, p. 29).

⁹⁰⁸ La referencia del art. 18 de la ley 24.083 a certificados nominativos o al portador ha quedado modificada por el régimen de nominatividad obligatorio de títulos valores (ver *infra*, comentario al art. 1847). En la actualidad, se utiliza prácticamente de modo excluyente la forma escritural, por lo que las cuotas partes son títulos valores no cartulares.

recho incorporado y las cuotas partes reflejan el estatus de partícipe en el fondo común de inversión, con una pluralidad de consecuencias jurídicas⁹⁰⁹.

IV) Significado de la reforma

La norma analizada podría no resultar necesaria, y en puridad técnica su presencia podría cuestionarse. Sin embargo, las razones indicadas *supra*⁹¹⁰ explican su incorporación al Código.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

Art. 1830 Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado.

I) Resumen

La norma presenta en su texto lo que la doctrina desde Vivante señala como uno de los principios esenciales de la categoría jurídica: la necesidad del documento para la existencia, transmisión, modificación o ejercicio del derecho incorporado.

II) Concordancias

Concepto de título valor (art. 1815); autonomía (art. 1816); literalidad (art. 1831); medidas precautorias (art. 1822); títulos valores al portador (art. 1837); títulos valores a la orden (art. 1842); títulos valores nominativos endosables (art. 1847); destrucción del título valor (art. 1852).

III) Interpretación de la norma

III.1) Los títulos valores cartulares

En la sistematización del Código, el artículo 1830 inicia el trata-

⁹⁰⁹ PAOLANTONIO, *Fondos...* cit., ps. 142 y ss.

⁹¹⁰ Apartado III.1 del comentario al art. 1829.

miento de los títulos valores cartulares, en los cuales (por oposición a los no cartulares: art. 1850) existe un documento que es parte inescindible del título valor en su creación y circulación.

Se trata del supuesto de hecho sobre el cual la doctrina tradicional elaboró el concepto de título valor⁹¹¹, y el trío de principios o caracteres esenciales de la categoría jurídica: necesidad, literalidad y autonomía.

III.2) *La necesidad y los títulos valores cartulares*

Este principio implica que el ejercicio del derecho sólo tiene lugar como consecuencia de la presentación del título que lo documenta. Por ello, el derecho no puede ser ejercitado sin la posesión del documento (principio de presentación)⁹¹².

Se suprime así el riesgo de liberación del deudor, por cuanto el deudor que paga —entendiendo la expresión en el sentido del artículo 865 del Código— a quien no exhibe y entrega el título valor, paga mal, y puede verse constreñido a pagar de nuevo si el *accipiens* no es el titular del derecho⁹¹³.

Asimismo, del principio de necesidad se sigue que el poseedor calificado del título (el portador conforme a la ley de circulación)⁹¹⁴ —como el poseedor de una cosa mueble— queda eximido de probar su derecho (legitimación activa), y por otro lado, el pago hecho de buena fe al poseedor calificado del documento libera al deudor (legitimación pasiva).

Es también una manifestación de este principio la asignación del carácter constitutivo del derecho que la doctrina afirma respecto del documento. El título valor cartular como documento contiene una declaración de voluntad que, plasmada en el título y verificada la necesaria

⁹¹¹ Ver *supra*, comentario al art. 1815 del Código.

⁹¹² Así señala Eizaguirre (*Derecho...* cit., ps. 25 y 26) que la regla de la necesidad de la tenencia del documento requiere que, por un lado, el acreedor o titular del derecho sólo lo pueda hacer valer por medio de la presentación o exhibición del documento; y por el otro, que el deudor sólo pueda realizar la prestación liberatoria de manera eficaz contra la presentación del documento.

⁹¹³ Ver *supra*, comentario al art. 1817.

⁹¹⁴ Ver *supra*, comentario al art. 1819.

bilateralidad del vínculo, resulta constitutiva de la obligación del firmante. El acto documentado crea una situación jurídica nueva, que se extiende de una manera permanente como una condición para la efectividad jurídica del derecho; de allí que se refiera al título valor como un *documento obligatorio constitutivo*.

La necesidad en el plano de la creación del derecho determina que el nacimiento del crédito depende de que se cree un documento y se formalice adecuadamente⁹¹⁵. De esta forma, se eliminan los riesgos de la inexistencia del derecho.

En la perspectiva de la circulación del derecho la necesidad se sigue de la incorporación del derecho al documento⁹¹⁶. La entrega (tradicción) del documento es así el componente común de la ley de circulación de los títulos valores cartulares⁹¹⁷.

En lo atinente al ejercicio del derecho, remitimos a lo dicho al comienzo de este apartado.

Ha de apuntarse por último aquí que el señalado carácter constitutivo y la propia necesidad del documento suponen su existencia, de allí que el Código prevea reglas particulares para el caso de destrucción del cartular⁹¹⁸.

IV) Significado de la reforma

En la metodología del Código, la distinción entre títulos valores cartulares y no cartulares es relevante. Y en esa línea, el reconocimiento de la necesidad como una de las notas de los títulos valores cartulares se presenta como consecuencia lógica, consistente con el criterio utilizado al presentar el concepto general de la categoría jurídica por el artículo 1815.

Art. 1831 *Literalidad*. El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.

⁹¹⁵ Ver *infra*, comentario al art. 1833.

⁹¹⁶ *Supra*, comentario al art. 1815, III.3.

⁹¹⁷ *Infra*, comentario a los arts. 1837, 1842 y 1847.

⁹¹⁸ Arts. 1852 y ss., a cuyos comentarios remitimos.

I) Resumen

La norma presenta el principio de literalidad que junto con el de necesidad (art. 1830) y el de autonomía (art. 1816) integran la noción histórica tradicional de título valor. En su virtud, tanto el alcance del derecho del acreedor como el de la obligación del deudor se determinan por el texto del documento.

II) Concordancias

Concepto de título valor (art. 1815); excepciones oponibles (art. 1821); garantías (art. 1826); alteraciones (art. 1832); inserción documental del endoso (art. 1839).

III) Interpretación de la norma**III.1) La literalidad en los títulos valores cartulares**

En su acepción más frecuente, la literalidad del título valor significa que el tenor de las declaraciones incluidas en el documento señalan el contenido, y al mismo tiempo los límites, de la pretensión del portador. La literalidad constituye en este sentido una regla de protección del deudor, que lo pone al reparo de cualquier reclamo que no corresponda con el contexto documental⁹¹⁹.

Así, el acreedor no podrá invocar sino lo escrito, y el deudor pagará bien y quedará liberado si paga la obligación asumida en los términos en que está escrita en el documento. Queda vedada en consecuencia toda posibilidad de acudir a otros elementos que sean extraños al título, o que, al menos, no estén expresamente indicados en él⁹²⁰.

⁹¹⁹ Aplicando lo señalado en el texto, la CNCom., sala A, 28-11-2006, "Banco General de Negocios SA s/Quiebra c/Fleker, Jaime", www.pjn.gov.ar, resolvió que procede rechazar la capitalización de intereses solicitada cuando, como en el caso, la ejecución tiene como objeto estrictamente el cobro del pagaré, no surgiendo de la literalidad del mismo pacto alguno con relación a dicha capitalización. En sentido similar: CNCom., sala C, 16-9-2005, "BBVA Banco Francés c/Pino, Alejandro F.", D. J. del 25-I-2006, 184.

⁹²⁰ MARTORANO, Federico, *Titoli di credito*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1997, p. 15. El principio puede sintetizarse en la expresión "dentro del título todo; fuera de él nada" (GUALTIERI y WINIZKY, *Titulos...* cit., p. 48).

Puede también afirmarse que la literalidad cumple una doble función. Por un lado, contribuye a la certeza en la adquisición del derecho, al determinar la existencia, contenido, extensión y modalidades del derecho del portador.

Por el otro, es un instrumento de tutela del deudor cartular, el que queda al margen de cualquier pretensión que no encuentre correspondencia con el contenido del documento. La doble función o bilateralidad de la literalidad encuentra su justificación en la circunstancia de que toda disminución o modificación del derecho incorporado se debe fundar en la expresión textual del documento, siendo irrelevantes los posibles elementos extracartulares.

La nota en análisis fluye naturalmente de la idea de incorporación del derecho al documento, reflejada por el mencionado carácter constitutivo⁹²¹.

Desde la perspectiva de las excepciones o defensas oponibles, la discordancia entre la pretensión del portador y el tenor literal del documento da lugar a una excepción oponible *erga omnes*⁹²².

III.2) Literalidad y autosuficiencia del documento

Si bien la literalidad opera en todos los títulos valores, ello no equivale siempre a la autosuficiencia documental, que es una característica particular que corresponde sólo a algunas especies de títulos valores.

Puede distinguirse entre títulos valores completos o con literalidad directa (los que contienen todos los elementos que individualizan la posible pretensión del portador y la obligación del deudor)⁹²³ y títulos incompletos o con literalidad indirecta (los que remiten a otros documentos sujetos a publicidad legal o de fácil acceso para integrar el derecho del portador y determinar la obligación del deudor)⁹²⁴.

⁹²¹ *Supra*, comentario al art. 1830.

⁹²² *Supra*, comentario al art. 1821, inc. b.

⁹²³ El caso de los títulos valores cambiarios (letra de cambio, pagaré y cheque).

⁹²⁴ En estos supuestos, la descripción y atribución de los derechos impone la consulta de documentos extraños al mismo, pero indicados en el mismo a modo de remisión, ya que para integrar los derechos que el título valor confiere no es posible

III.3) *Límites de la literalidad: validez y relevancia del contenido del documento*

La regla de literalidad está supeditada a dos circunstancias a las que apuntamos en el título de esta sección.

Por un lado, el contenido del documento debe ser válido conforme a las normas particulares o generales del ordenamiento jurídico. Así, la mención cartular de un texto ineficaz, aun cuando no afecte la validez del título valor, tampoco lo integra⁹²⁵.

Por el otro, una mención irrelevante para la determinación del contenido del derecho incorporado es también naturalmente ajena al principio de literalidad⁹²⁶.

IV) Significado de la reforma

Al igual de lo que se expresó respecto de la norma precedente, se recuerda que en la metodología del Código la distinción entre títulos valores cartulares y no cartulares es relevante. Y en esa línea, el reconocimiento de la literalidad como una de las notas de los títulos valores cartulares se presenta como consecuencia lógica, consistente con el criterio utilizado al presentar el concepto general de la categoría jurídica del artículo 1815.

Art. 1832 Alteraciones. En caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original.

Si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido puesta antes.

remitirse a cualquier documento, sino a aquellos mencionados a tal efecto en el título valor y en la medida en que éste indica o autoriza la remisión (así ocurre, por ej., con los títulos valores causales, como las acciones de sociedades anónimas, o los títulos valores representativos de mercaderías).

⁹²⁵ Es el caso, por ejemplo, de la condición puesta en el endoso (ver art. 1840 del Código y su comentario).

⁹²⁶ Ver nota precedente.

I) Resumen

La norma establece una solución clara para el supuesto de alteración del contenido del título valor cartular: cada firmante queda obligado conforme el texto existente al tiempo de la suscripción del documento.

Y como presunción sujeta a prueba en contrario, se considera que la firma ha sido puesta antes de la alteración.

II) Concordancias

Excepciones oponibles (art. 1821); falsedad (art. 1823); literalidad (art. 1831); destrucción del título valor (art. 1852). Decreto-ley 5965/63 (art. 88).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La falsedad y la falsificación en los títulos valores*

La falsedad y la falsificación (categoría esta última donde, como se verá, se insertan las alteraciones del documento) tienen como punto común la existencia de una adulteración material del documento, y en esta línea son sustantivamente diferentes de la denominada falsedad ideológica, que se presenta en el marco del abuso de firma en blanco⁹²⁷.

Pero mientras la falsedad está referida a la autoría del acto de suscripción del título valor (la firma falsificada puede ser la del creador del título valor o la de cualquier otro sujeto que posteriormente participare del tráfico), las alteraciones tienen en materia de títulos valores un significado particular: se trata de falsedades materiales diferentes de la firma del cartular, que suelen denominarse falsificaciones, y tienen un régimen particular en la norma que ahora analizamos.

En otros términos, las alteraciones o falsificaciones suponen un texto auténtico en su génesis, modificado en una etapa posterior. La falsificación se refiere a un documento inicialmente auténtico que es alterado en alguno de los elementos de su contenido, es decir que la

⁹²⁷ Art. 11 del decreto-ley 5965/63 y art. 8° de la ley 24.452.

eventual excepción se centra en el texto del título valor. Lo atinente al nexo de autoría del acto de suscripción es dominio propio de la falsedad.

El punto central que resuelve el artículo 1832 es el de asignar la responsabilidad de los firmantes según el texto que ellos tomaron en consideración al tiempo de obligarse en virtud del título valor: quienes firmaron con los términos originales quedan obligados por ellos; quienes suscriben el texto alterado son responsables en los términos adulterados.

La norma fija asimismo una presunción (sujeta a prueba en contrario, la que debe producirse por el interesado en alegar la falsificación) acerca del tiempo de la alteración: se estará a las constancias del documento para ver si de éste surge el tiempo de la alteración, y en su defecto se presume que la firma ha sido puesta antes.

III.2) *Supuestos excluidos del concepto de alteraciones*

Es central para la interpretación del artículo 1832 determinar qué cabe entender por alteraciones en materia de títulos valores.

En el apartado precedente señalamos la distinción que cabe respecto de la falsedad ideológica y la falsedad de la firma, ambos supuestos excluidos del concepto de alteraciones.

Pero existen además otros casos que, aun constituyendo una falsificación del contenido del título valor, no autorizan la aplicación de la norma en comentario.

En primer lugar, no se incluyen en el artículo 1832 las supresiones, modificaciones o agregados que provocan una ambigüedad insuperable en el documento⁹²⁸. En estos supuestos, en los cuales no resulta reconocible el título valor, cabe entender que más que un caso de falsificación, se trata de la propia destrucción del título valor. Por ello, el portador debe recurrir a los procedimientos legales previstos para la destrucción o reemplazo del título valor⁹²⁹.

⁹²⁸ Sobre este supuesto, para la letra de cambio y la similar previsión del art. 88 del decreto-ley 5965/63, ver CÁMARA, *Letra de cambio...* cit., t. I, ps. 488 y 489.

⁹²⁹ PAZ ARES, *Las excepciones...* cit., p. 305. Ver *infra*, comentario a los arts. 1852 y 1853.

En segundo lugar, tampoco se aplica el artículo 1832 para las denominadas alteraciones inocuas⁹³⁰, en las que –por ejemplo– se corrige un error material.

Por último, tampoco rige el artículo en comentario cuando la alteración es permitida por una norma legal, ya que en estos casos no se verifica, por hipótesis, perjuicio alguno reconocido por el ordenamiento jurídico⁹³¹.

IV) Significado de la reforma

La norma transforma en regla general la solución particular prevista para los títulos valores cambiarios (ver más arriba las concordancias), evitando de ese modo cualquier duda que pudiera plantearse para títulos valores cuya normativa no incorporara una previsión análoga, o para los títulos valores atípicos.

Art. 1833 *Requisitos. Contenido mínimo.* Cuando por ley o por disposición del creador, el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones.

⁹³⁰ Sobre el tema se puede ver PAOLANTONIO, Martín E. y SEREBRINSKY, Diego H., *Notas sobre el régimen de las alteraciones en el Derecho Cambiario argentino*, en E. D. 169-449. Una aplicación frecuente de la exclusión de las alteraciones inocuas del régimen previsto por la jurisprudencia se ha verificado respecto de la tachadura del año preimpreso seguida de la colocación manual del mismo en ausencia de otros elementos que permitan presumir la existencia de fraude o falsificación: CNCom., sala A, 19-5-2004, “Monsanto Argentina SA c/Verbeck, Juan”, www.pjn.gov.ar; en igual sentido: sala B, 20-3-2007, “Tanove, Anfbal c/Paulicich, Jorge”; sala D, 17-8-2007, “Bustelo Menéndez, Álvaro c/Lamosa, Enrique”, ambos en www.pjn.gov.ar. Una aplicación más cuestionable del principio indicado se ha dado para el borrado de inscripciones en lápiz, que la jurisprudencia no considera idóneas para constituir una alteración: ver, por ejemplo: CNCom., sala A, 13-10-2005, “ABN Amro Bank NV (sucursal Argentina) c/León, Abelardo Alcides y otro”, L. L. Online; sala B, 14-6-89, “Tintorería Industrial Mulco Sur SA c/Komarovsky, Daniel”, www.pjn.gov.ar.

⁹³¹ Por ejemplo, la cancelación de endosos por el endosante que abona la letra de cambio o pagaré (art. 54, decreto-ley 5965/63), o los endosos legítimamente tachados en el cheque (art. 17 de la ley 24.452; sobre la interpretación de esta norma, PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., ps. 97 y 98).

El título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, excepto disposición en contrario.

I) Resumen

La norma priva de eficacia como título valor al documento carente de alguna mención de disposiciones legales particulares —o para el caso de títulos valores atípicos, la voluntad del creador— que resulte esencial.

Asimismo, se prevé la posibilidad de integración del documento carente de las exigencias indicadas hasta el tiempo de la exigibilidad del derecho incorporado, siempre en ausencia de regla legal o convencional en contrario.

II) Concordancias

Conversión del acto jurídico nulo (art. 384); concepto de título valor (art. 1815); creación de títulos valores atípicos (art. 1820); excepciones oponibles (art. 1821); literalidad (art. 1831). Ley 19.550 (art. 211). Ley 23.576 (art. 7°). Decreto-ley 5965/63 (arts. 1°, 2°, 101 y 102). Ley 24.452 (arts. 2° y 54).

III) Interpretación de la norma

III.1) Exigencias o requisitos de contenido en los títulos valores cartulares ("requisitos formales")

El artículo 1833 presenta lo que en ocasiones la doctrina analiza bajo el concepto de los "requisitos formales" de un título valor cartular, asignándole a las especies que se comprenden en la norma en comentario una nota o carácter adicional (formalidad o formalismo).

En la redacción, aunque el texto legal se refiere a requisitos en su comienzo, se evita la referencia a forma del título valor, optando por la más adecuada de contenido, o contenido mínimo.

Es que, en rigor, las exigencias legales que se encuadran en el

artículo 1833 no son de forma sino de contenido. La forma de los títulos valores cartulares es típicamente la privada y escrita; la forma no es contenido sino continente. Los requisitos que comúnmente se llaman formales son en realidad exigencias para la eficacia de las singulares obligaciones incorporadas⁹³².

Los contenidos mínimos correspondientes a los títulos valores cartulares pueden ser clasificados en esenciales y naturales, distinción de origen doctrinario⁹³³ que refleja el artículo que comentamos. Son esenciales aquellos cuya ausencia provoca la nulidad del título valor⁹³⁴; naturales los que, siendo omitidos, son reemplazados por la propia normativa⁹³⁵.

III.2) Razones de la existencia de contenidos mínimos esenciales en los títulos valores cartulares

Puede llamar la atención que la norma legal condicione la eficacia de un acto jurídico en el ámbito de intereses privados y patrimoniales, pero la situación contemplada por el artículo 1833 tiene una vinculación directa con las características y funciones de los títulos valores.

La incorporación del derecho, su distinción con la relación jurídica subyacente y la posibilidad de una circulación eficiente requieren una uniformidad de contenidos mínimos que la normativa particular (o la voluntad del creador del título valor atípico)⁹³⁶ pretenden asegurar.

⁹³² IGLESIAS PRADA, Juan, *El libramiento de la letra de cambio*, en *Derecho Cambiario. Estudios...* cit., ps. 385 y ss.

⁹³³ Por ejemplo, PAVONE LA ROSA, *La cambiale* cit., p. 75.

⁹³⁴ Sobre el calificativo de nulidad, *infra*, III.3.

⁹³⁵ Ver, por ejemplo, arts. 2° y 102 del decreto-ley 5965/63 y 2° de la ley 24.452. En los casos citados, las consecuencias de la omisión son claras (más allá de algunas cuestionables interpretaciones jurisprudenciales que brevemente referimos *infra* en III.3). En otros, a pesar del calificativo de esencial, la norma legal no prevé una consecuencia directa para la omisión y la doctrina no tiene una posición uniforme (es el caso, por ejemplo, del art. 211 de la ley 19.550 y las acciones de las sociedades anónimas, y las referencias de GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Instituciones de Derecho Cambiario*, Depalma, Buenos Aires, 1988, t. I, ps. 274 y 275).

⁹³⁶ Subrayamos que los términos en la primera parte de la norma ("por disposición del creador") sólo aplican a los títulos valores atípicos (*supra*, comentario al

Así, se persigue que tanto quienes vayan a constituirse en obligados en virtud del título valor como quienes tomen el rol de acreedor tengan certeza del régimen jurídico correspondiente, cuestión importante considerando las características exorbitantes al derecho privado general que se presentan en la disciplina legal de los títulos valores⁹³⁷.

III.3) *Consecuencias de la ausencia de un contenido mínimo esencial*

El artículo 1833 señala que el título valor “no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones”.

Esa expresión legal, dentro de las modalidades de ineficacia de los actos jurídicos en el Código (arts. 382 y ss.), importa a nuestro juicio la nulidad del título valor.

Ahora bien, la calificación señalada plantea de inmediato el interrogante de qué valor jurídico cabe asignar al documento carente de un contenido esencial.

En este punto, es necesario tener presente que el Código reconoce expresamente la posibilidad de conversión del acto jurídico nulo en su artículo 384 (ver t. II, p. 510), por lo que no luce correcto suponer que la carencia de efectos resulte absoluta.

art. 1820). Para los de carácter típico o nominado, el contenido mínimo sólo puede tener fuente legal directa, atento a lo que explicamos en el texto y a la limitada operatividad de la autonomía de la voluntad en materia de títulos valores.

⁹³⁷ Particularmente, la autonomía o exclusión de excepciones que constituye el núcleo central de la categoría jurídica título valor. *Supra*, comentario al art. 1815. Resulta ilustrativa en este punto la explicación de Hueck y Canaris (*Derecho...* cit., p. 80), al referirse a la exigencia esencial de la denominación “letra de cambio” (o la cláusula a la orden: art. 1º, inc. 1º del decreto-ley 5965/63). Señalan los autores que la razón de la exigencia legal —que a primera vista puede parecer un rigorismo formal— consiste en garantizar que cualquiera que tenga que ver con un documento como la letra de cambio puede darse cuenta inmediatamente de que se trata de ese título valor y que, por tanto, le son aplicables las normas particulares de esa categoría jurídica. La expresión “letra de cambio” tiene, en cierto modo, la función de un signo de aviso o prevención. Esa perspectiva es también relevante para el adquirente del título valor, que puede confiar en la apariencia documental y en la posición protegida que corresponde al acreedor conforme las reglas generales explicadas (*supra*, comentario a los arts. 1815, 1816 y 1819).

Sin perjuicio de una remisión al comentario de esa norma para consideraciones adicionales, de su texto se sigue que la conversión requiere:

- a) La satisfacción de todos los recaudos de validez del nuevo acto, y
- b) que el acto jurídico de reemplazo fuere consistente con la hipotética previsión de las partes de la nulidad del acto jurídico original.

En el marco del Código, las alternativas posibles para el título valor ineficaz son su consideración como reconocimiento de la obligación (arts. 733 a 735) o principio de prueba instrumental (art. 1020).

Las consideraciones precedentes se refieren al ordenamiento jurídico sustantivo. En el procesal, la posibilidad de juicio ejecutivo sobre la base del título valor ineficaz seguirá siendo un tema de debate, con algunas soluciones que hemos criticado en reiteradas oportunidades por otorgar de facto al documento nulo los mismos efectos que a aquel regular en su contenido⁹³⁸.

III.4) *Límites temporales para completar el título valor*

La parte final de la norma en estudio determina que —en ausencia de disposición en contrario— las menciones esenciales pueden integrarse hasta la fecha de exigibilidad de la obligación incorporada.

La norma no debe interpretarse como una validación genérica de la posibilidad de creación de títulos valores en blanco o incompletos, ya que esta alternativa no es compatible con el universo de la categoría jurídica⁹³⁹.

La utilidad de la solución legal pasa por el establecimiento de una regla de referencia y de carácter supletorio, que aplicará para aquellos

⁹³⁸ El desarrollo en extenso de ese tema excede el objeto de la exégesis legal propia de este comentario. Remitimos a PAOLANTONIO, Martín E., *La ejecución de títulos valores cambiarios nulos*, en D. J. del 18-8-2010, 2203 y sus referencias a trabajos previos.

⁹³⁹ Así, resulta difícil imaginar la posibilidad de creación de acciones u obligaciones negociables emitidas por una sociedad anónima sin la integración inicial de sus requisitos o exigencias de contenido (art. 211, ley 19.550 y art. 7º, ley 23.576).

títulos valores cuya normativa prevea la emisión en blanco sin la indicación del momento en que las exigencias de contenido han de ser completadas⁹⁴⁰.

IV) Significado de la reforma

También en este caso la norma transforma en regla general la solución particular prevista para los títulos valores cambiarios (ver más arriba las concordancias), evitando de ese modo cualquier duda que pudiera plantearse para títulos valores cuya normativa no incorporara una previsión análoga, o para los títulos valores atípicos.

Art. 1834 *Aplicación subsidiaria*. Las normas de esta Sección:

- a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados;
- b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos.

I) Resumen

El artículo en análisis establece, de manera coherente con el carácter de “parte general” de la regulación del Código en materia de títulos valores, la aplicación subsidiaria de las normas previstas, que serán desplazadas por disposiciones legales que puedan considerarse una ley especial.

II) Concordancias

Interpretación de la ley (art. 2°); títulos valores al portador (art. 1837); títulos valores nominativos endosables (art. 1847); aplicación

⁹⁴⁰ El caso, por ejemplo, de las letras de cambio, pagarés y cheques. La jurisprudencia se alinea en el sentido del nuevo texto legal: CNCom., sala D, 4-4-2008, “Masserio, Hugo Andrés c/Cisterna Mansilla, Guillermo”; CCCom. de Junín, 28-4-94, “Lapuente, Gaspar M. c/Agrotécnica Rojas SRL”, L. L. B. A. 1994-799; C5°CCom. de Córdoba, 21-10-93, L. L. 1994-C-358. Idéntica solución proponíamos en doctrina, para los cheques: PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., p. 19.

subsidiaria de las normas del Código sobre títulos valores (art. 1852). Ley 24.587, nominatividad de títulos valores privados (art. 1°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Carácter general de las disposiciones del Código en materia de títulos valores*

La regulación del Código en materia de títulos valores comprende lo que puede denominarse “parte general” de la disciplina jurídica (“teoría general”, para la doctrina), sin un tratamiento de las especies del género, que salvo alguna excepción⁹⁴¹ son objeto de regulación en leyes separadas del Código.

De todos modos, aun cuando las leyes especiales se hubieran transfundido al Código⁹⁴², las disposiciones en análisis no perderían su carácter de normas de carácter general, con el lógico límite de la prevalencia de las reglas particulares.

Recordamos, por otro lado, que el mandato del decreto 191/2011 para la Comisión Redactora del anteproyecto ahora devenido en el Código no alcanzaba a modificaciones a las leyes especiales, y éstas sólo fueron acometidas sobre la base de absoluta necesidad⁹⁴³.

III.2) *La aplicación subsidiaria de las normas del Código en materia de títulos valores*

Aunque el artículo 1834 se refiere a “esta Sección”, la subsidiariedad –por las razones explicadas en la sección precedente de este comentario– corresponde a la totalidad de las disposiciones del Código sobre títulos valores⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ Así, los títulos valores en los fideicomisos financieros (arts. 1690 y ss. del Código).

⁹⁴² Volviendo así al modelo original del Código de Comercio, que incluía en su texto las regulaciones de la letra de cambio y cheques.

⁹⁴³ Así surge de los Fundamentos elaborados por la Comisión Redactora, que acompañaron la difusión del anteproyecto.

⁹⁴⁴ Lo que ocurre es que los títulos valores regulados por leyes especiales reconocen la variante cartular como única o al menos siempre prevista por las normas particulares.

La prevalencia de las disposiciones particulares se verifica:

- a) Para las normas particulares a títulos valores determinados, y
- b) cuando otras leyes especiales en su contenido son incompatibles con las disposiciones del Código.

En este último punto el Código aclara el alcance de su norma con una referencia a las reglas sobre creación o circulación de títulos valores, las que en la actualidad limitan la posibilidad de emitir títulos valores al portador o nominativos endosables⁹⁴⁵.

IV) Significado de la reforma

La regulación de la "parte general" de una disciplina plantea siempre la cuestión de sus límites y la relación con las normas especiales. La solución del Código es clara en cuanto al rol subsidiario de sus previsiones, sea respecto de las reglas particulares de una especie de la categoría jurídica, sea respecto de otras normas especiales que el Código no pretende derogar.

Art. 1835 *Títulos impropios y documentos de legitimación. Las disposiciones de este Capítulo no se aplican a los documentos, boletos, contraseñas, fichas u otros comprobantes que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión.*

I) Resumen

La norma indica la no aplicación de las disposiciones sobre títulos valores a los documentos de legitimación y títulos impropios, los que se excluyen de la categoría jurídica de títulos valores.

II) Concordancias

Pago al acreedor aparente (art. 883); endoso-cesión (art. 1618);

⁹⁴⁵ Sobre el tema, ver más abajo el comentario a los arts. 1837 y 1847.

concepto de título valor (art. 1815); legitimación y titularidad (art. 1819). Decreto-ley 5965/63, endoso tardío en la letra de cambio y pagaré (art. 22). Ley 24.452, endoso tardío en el cheque (art. 22). Ley 17.418, transmisión de la póliza de seguro (art. 13).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Carácter general del artículo 1835 del Código*

Aunque la norma se presenta en el contexto de los títulos valores cartulares, el artículo 1835 es en rigor una disposición de carácter general, que excluye de la categoría jurídica de títulos valores a los documentos que ella indica.

La distinción abrevia en la tradicional línea divisoria propuesta por la doctrina nacional antes de la vigencia del Código, sobre la base del artículo 2002 del Código Civil italiano. Se intenta de este modo dar un marco jurídico, aun cuando sea por exclusión, para aquellos documentos de uso frecuente en la vida cotidiana, los que, aun presentando algún rasgo *prima facie* común con los títulos valores, no cuadran finalmente en esta categoría.

El Código ha optado por no avanzar en la determinación de las reglas legales para esos documentos excluidos de la disciplina jurídica de los títulos valores, siguiendo los antecedentes domésticos de proyectos de unificación y la citada norma italiana adoptada como propia por los autores nacionales. Se ha pues deferido esa tarea a la doctrina y jurisprudencia, la que más allá de coincidencias generales ha también mostrado diferencias que han sido observadas negativamente por algunos autores⁹⁴⁶.

La regla comentada es, junto con la del artículo 1834, principalmente un supuesto de limitación del alcance del Libro Tercero, Título V, Capítulo 6 del Código.

⁹⁴⁶ Así, desde la doctrina española, EIZAGUIRRE, José M. de, *La opción por el concepto amplio de título valor*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 57 (1995), p. 32, quien señala "las variadas y poco coincidentes conclusiones aportadas por medio siglo de literatura italiana sobre el art. 2002". El caso del billete de lotería es paradigmático, como lo reseña CHIOMENTI, Filippo, *I titoli di credito. Fattispecie e disciplina*, Giuffrè, Milano, 1977, ps. 581 y ss.

El artículo 1834 previamente comentado señala el carácter subsidiario de las normas generales ante disposiciones particulares; en tanto el artículo 1835 excluye la aplicación de los artículos 1815 y siguientes a los títulos impropios y documentos de legitimación.

III.2) *Títulos impropios*

Los títulos impropios son en la norma transcrita los que permiten la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión.

De manera simplificada, puede afirmarse que el título impropio⁹⁴⁷, aun facilitando la circulación del derecho sin el cumplimiento de las formalidades de la cesión, no otorga al portador un derecho autónomo ni permite su adquisición *a non domino*, exponiéndolo en consecuencia a todas las excepciones oponibles a portadores anteriores.

De allí la exclusión de la disciplina jurídica de los títulos valores, donde las circunstancias apuntadas son una nota característica⁹⁴⁸.

La literalidad no aplica a esta especie, y aunque la posesión del documento es suficiente para el ejercicio del derecho, no es necesaria en el sentido del artículo 1831 del Código⁹⁴⁹.

Tampoco tienen los títulos impropios la función de facilitar el cumplimiento de una obligación, nota que sí se presenta en los documentos analizados en la siguiente sección.

III.3) *Documentos de legitimación*

En el artículo 1835 los documentos de legitimación son los "que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar".

⁹⁴⁷ El caso, por ejemplo, de la letra de cambio o el pagaré endosado luego de su protesto o vencimiento (art. 21, decreto-ley 5965/63), del cheque luego de su presentación al pago y rechazo (art. 22 de la ley 24.452), o del endoso de la póliza de seguro (art. 13, ley 17.418).

⁹⁴⁸ *Supra*, comentario a los arts. 1816 y 1819.

⁹⁴⁹ En sentido similar: ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *Reflexiones sobre los denominados títulos valores impropios y documentos de legitimación*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1994, ps. 55 y ss.

El documento de legitimación⁹⁵⁰ agota su función en facilitar la identificación, por vía posesoria, de quien tiene derecho a una prestación derivada de una relación contractual⁹⁵¹.

Tampoco en esta especie está presente la autonomía (en sus planos obligatorio y real) en la adquisición del derecho, y de hecho se trata de documentos en los cuales no existe una función legal o socialmente asignada para la transmisión del derecho, ni mecanismos particulares que los eximan del recurso a los medios generales del derecho privado (típicamente, la cesión de derechos)⁹⁵².

El documento de legitimación es una manifestación particular del efecto liberatorio del pago al acreedor aparente⁹⁵³. Como tal, el deudor puede válidamente pagar al verdadero acreedor y no incurre en mora si exige la justificación del derecho de quien presenta el documento.

IV) Significado de la reforma

La norma cumple una función análoga a la del artículo 1834 del Código, pero en este caso pretendiendo una delimitación de la categoría

⁹⁵⁰ La categoría de los documentos de legitimación es más amplia que la de los títulos impropios, incluyendo por ejemplo a las contraseñas de equipaje, entradas de espectáculos, billetes de lotería o apuesta. Aquí el documento no es necesario (en el sentido en que ese término se utiliza en la teoría general de los títulos valores).

⁹⁵¹ MARTORANO, *Titoli...* cit., ps. 252 y ss. Ver en nuestra doctrina, para el habitual ejemplo de los *tickets* de guardarropa, LEGÓN, Fernando, *Características y funciones del talón o contraseña de guardarrobas*, en E. D. 131-418. Este último autor señala con precisión el alcance de la categoría jurídica en examen: "estos documentos agotan su misión y sus efectos en la llamada legitimación pasiva, esto es en el sentido de conferir eficacia liberatoria al cumplimiento que realice el deudor de buena fe en manos del poseedor del documento".

⁹⁵² LEGÓN, *Características...* cit., afirma que "la circunstancia de que el documento o contraseña de legitimación sean al portador o no mencionen al beneficiario no autoriza a hablar de una ley de circulación de los mismos, o que su adquisición de buena fe por tradición manual signifique una tradición simbólica o adquisición de derecho inherente alguno".

⁹⁵³ Particularmente, el inc. e, del art. 883 del Código que otorga efecto liberatorio al pago "al acreedor aparente, si quien realiza el pago actúa de buena fe y de las circunstancias resulta verosímil el derecho invocado; el pago es válido, aunque después sea vencido en juicio sobre el derecho que invoca". Ver *supra* su comentario.

jurídica (con la consecuente limitación a la aplicación de las reglas de la teoría general de los títulos valores) respecto de documentos cuya estructura o características presentan algún punto de contacto con los títulos valores.

Se excluyen de ese modo de la categoría jurídica los títulos impropios y los documentos de legitimación, y así se ofrece al intérprete un elemento adicional para la elaboración del concepto de título valor.

Art. 1836 *Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta.* Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta.

Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

D) Resumen

La norma permite que los títulos valores cartulares (por tipificación normativa) se emitan asimismo de manera escritural o no cartular, a efectos de su negociación ulterior como títulos valores desmaterializados.

También se prevé que los títulos valores ya emitidos en forma cartular se transformen funcionalmente en no cartulares, mediante su ingreso a un sistema de depósito colectivo o negociación centralizada de títulos valores.

II) Concordancias

Concepto de título valor (art. 1815); libertad de creación (art. 1820); títulos valores no cartulares (art. 1850). Ley 24.452, ingreso del cheque no a la orden para su negociación posterior en el mercado de valores (art. 12).

III) Interpretación de la norma

III.1) Posibilidad de desmaterialización o desincorporación de origen convencional

El Código ha asignado una presencia relevante a los títulos valores no cartulares (“desmaterializados” o “desincorporados”), atendiendo a la importancia que esta modalidad de representación del derecho asume en la economía contemporánea⁹⁵⁴.

La norma que comentamos es consistente con esa característica, al autorizar el nacimiento como no cartular de lo tipificado legalmente como cartular, y la transformación sucesiva en un título valor desmaterializado de aquel emitido como cartular.

La solución del Código en este punto se presenta como una particular manifestación de la autonomía de la voluntad en la creación de títulos valores⁹⁵⁵, aunque con un alcance más limitado que el que puede sugerir una lectura inicial del texto legal.

III.2) Emisión no cartular de títulos valores cartulares

Es el primer supuesto abarcado por el artículo 1836, que alcanza a los títulos valores que en su normativa propia exigen –de manera directa o como consecuencia implícita de su reglamentación legal– la representación cartular o material tradicional del derecho incorporado⁹⁵⁶.

En este supuesto, ausente por hipótesis una prohibición legal o reglamentaria⁹⁵⁷, la decisión del creador puede asignar la forma no cartular para su ingreso a una caja de valores, sistemas autorizados de compensación bancaria o anotaciones en cuenta.

Claro que esa alternativa dependerá en instancia final también de las reglamentaciones propias de las entidades que administren los sistemas de registro y negociación genéricamente referidos por la norma.

⁹⁵⁴ Ver *infra*, comentario al art. 1850 para consideraciones adicionales.

⁹⁵⁵ *Supra*, comentario al art. 1820, p. 780.

⁹⁵⁶ Es el supuesto más frecuente en el ordenamiento jurídico, que puede ejemplificarse en los títulos valores con mayor difusión (pagarés y cheques).

⁹⁵⁷ Caso que se presenta en los cheques, donde la forma de representación –y en rigor, hasta los detalles mínimos del documento– son materia de la reglamentación del BCRA: PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., ps. 17 y ss.

III.3) *Emisión cartular y desmaterialización en la circulación posterior*

Se trata de la segunda variante que prevé el artículo 1836. Aquí la forma cartular (sea de origen legal o convencional en el caso de los títulos valores atípicos: art. 1820) no es alterada, pero el título valor se incorpora a alguno de los sistemas de registro y negociación de conformidad con sus reglamentos.

Nuevamente, la aplicación efectiva de la solución legal depende de las reglamentaciones pertinentes, y en el caso de los títulos valores atípicos, de la ausencia de una restricción incorporada en el acto de creación⁹⁵⁸.

III.4) *Consecuencias de la desincorporación o desmaterialización*

En todos los casos, la circulación típica que pudiera corresponder al título valor cartular muta por la propia del título valor no cartular. De allí el lenguaje de la última parte de la norma, que ha de complementarse con la previsión del artículo 1850 del Código (*infra*, p. 874).

IV) Significado de la reforma

La norma comentada presta deferencia a la presencia cada vez mayor de variantes de “desincorporación” o “desmaterialización”, habilitando esta alternativa aun para los títulos valores cuya normativa los concibe como cartulares, aunque siempre la aplicación del artículo 1836 se sujetará a la ausencia de normas particulares en sentido contrario (arg. art. 1834 del Código).

PARÁGRAFO 1°

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

Art. 1837 *Concepto.* Es título valor al portador, aunque no tenga cláusula expresa en tal sentido, aquel que no ha sido emitido en favor de sujeto determinado, o de otro modo indicada una ley de circulación diferente.

⁹⁵⁸ Arg. arts. 1820 y 1850 del Código, a cuyos comentarios reenviamos.

La transferencia de un título valor al portador se produce con la tradición del título.

I) Resumen

Se identifica al título valor al portador como la categoría por defecto, que se presenta cuando no se prevé a un beneficiario determinado, o una ley de circulación diferente corresponde por previsión legal o convencional.

La ley de circulación para los títulos valores al portador se cumple con la entrega o tradición del cartular.

II) Concordancias

Tradicición (art. 750); tradición posesoria (art. 1892); legitimación y titularidad (art. 1819). Ley 24.452, cheque al portador (art. 6°). Ley 19.550, acciones al portador (art. 208). Ley 23.576, obligaciones negociables al portador (art. 8°). Ley 24.587, nominatividad de los títulos valores privados (art. 1°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los títulos valores al portador en la actualidad: carácter residual*

Aunque el artículo 1837 plantea a la categoría de títulos valores al portador como la correspondiente en ausencia de normas particulares, se trata de supuestos que en la práctica no encuentran un espacio relevante.

Por un lado, la posibilidad de disimular al real titular del crédito y el riesgo de evasión de las responsabilidades fiscales correspondientes ha llevado a que en el ámbito de los títulos valores emitidos en serie⁹⁵⁹ la emisión al portador se encuentre llanamente vedada⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ Son títulos valores emitidos en masa o serie aquellos originados (causados) por una operación única –o un conjunto de operaciones análogas–, con igualdad de derechos y fungibles entre sí (acciones, obligaciones negociables, títulos de deuda pública, etc.).

⁹⁶⁰ Ver art. 1°, ley 24.587 (los cupones no están alcanzados). Para algunas particularidades de la restricción y su eficacia en operaciones financieras internacionales.

Por el otro, y por una razón análoga a la indicada en el párrafo precedente, la eficacia de las normas de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo desincentivan el uso de títulos valores al portador, que fácilmente podrían eludir la obligación esencial de conocimiento del cliente⁹⁶¹.

III.2) *Los títulos valores al portador: supuestos*

La existencia de títulos valores al portador tiene un ámbito acotado a los títulos valores de deuda pública⁹⁶², al de los títulos valores individuales creados en el ámbito del artículo 1820 del Código, y a los casos con expresa previsión normativa⁹⁶³.

La referencia a la ley de circulación al portador puede considerarse implícita en la ausencia de una referencia documental en contrario, lo que comprende no sólo la omisión de una persona determinada como acreedora, sino también la incorporación de la cláusula al portador o expresión con sentido análogo.

III.3) *Ley de circulación de los títulos valores al portador*

El segundo párrafo de la norma en estudio señala que la ley de circulación⁹⁶⁴ para estos títulos valores es la tradición del documento.

La tradición, recordamos, es condición para la adquisición de un derecho real sobre la cosa (arts. 750 y 1892 del Código)⁹⁶⁵.

Se trata del supuesto más sencillo de ley de circulación, carente

les, ver PAOLANTONIO, Martín E., *Obligaciones negociables*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 120 y ss.

⁹⁶¹ Art. 21, inc. a, ley 25.246.

⁹⁶² No alcanzados por el régimen de nominatividad obligatoria, pero sí incluidos en la referencia del texto acerca de los problemas de esta categoría para la implementación de procedimientos de prevención del lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

⁹⁶³ El más conocido, el de los cheques al portador (art. 6º, ley 24.452).

⁹⁶⁴ Concepto que explicamos más arriba: comentario al art. 1816, III.3.

⁹⁶⁵ O en la distinción típica de los derechos reales entre título y modo, "modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión" (art. 1892 del Código).

de formalidades documentales o inscripciones posteriores. Aunque se suele asimilar con la entrega física –y recepción– del título valor, se aplican también los supuestos pertinentes de los artículos 1892, párrafo 3º, y 1925. Lógicamente, por imperio del principio de necesidad (art. 1830 del Código), es siempre menester que quien pretenda el ejercicio del derecho incorporado pueda exhibir o presentar el título valor.

IV) Significado de la reforma

Aun con limitado uso de esta especie en la actualidad⁹⁶⁶, la presencia de los títulos valores al portador no puede estar ausente en normas generales sobre títulos valores. Por otro lado, se trata de la opción por defecto del legislador en cuanto a la determinación de la ley de circulación.

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

Art. 1838 Tipificación. Es título valor a la orden el creado a favor de persona determinada. Sin necesidad de indicación especial, el título valor a la orden se transfiere mediante endoso.

Si el creador del título valor incorpora la cláusula "no a la orden" o equivalentes, la transferencia del título valor debe hacerse conforme con las reglas de la cesión de derechos, y tiene los efectos propios de la cesión.

I) Resumen

La norma identifica al título valor a la orden como al creado a favor de persona determinada, asignándole el carácter de endosable aun en ausencia de indicación especial.

El segundo párrafo se refiere a la cláusula "no a la orden", cuya consecuencia fundamental es limitar la posibilidad de una circulación futura del título valor con la forma y efectos propios de la categoría

⁹⁶⁶ *Supra*, III.1, del comentario a este artículo.

jurídica (exclusión de excepciones en el plano real y obligatorio: autonomía y adquisición *a non domino*, notas que se tornan ausentes ante la presencia de la cláusula “no a la orden”).

II) Concordancias

Transmisión de derechos (art. 339); cesión de derechos (arts. 1614 y ss.); endoso (arts. 1839 y ss.); títulos valores nominativos endosables (art. 1847). Decreto-ley 5965/63, endoso y cláusula “no a la orden” en la letra de cambio y el pagaré (art. 12). Ley 24.452, endoso y cláusula “no a la orden” en el cheque (art. 12).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los títulos valores a la orden y el endoso*

El título valor a la orden se identifica en la norma como el creado a favor de persona determinada. Esa indicación ha de complementarse con la no exclusión de esa ley de circulación por disposición convencional (art. 1820 del Código y los títulos valores atípicos), o de la propia normativa (títulos nominativos endosables).

El carácter de título valor a la orden —que no depende en la norma de términos sacramentales aun cuando se incluyera una cláusula específica— importa la posibilidad de transmisión por endoso. Al igual que ocurre con las especies objeto de normativa especial (por ej.: la letra de cambio, el pagaré y el cheque), se trata de una aptitud natural o “genética” de esta categoría.

III.2) *La cláusula “no a la orden” en los títulos valores a la orden: cuestiones generales*

El segundo párrafo del artículo en estudio se ocupa de la posibilidad, frecuente en algunos supuestos de la actividad comercial⁹⁶⁷, de

⁹⁶⁷ Particularmente, el caso del cheque (art. 12, ley 24.452). La cláusula suele combinarse con el cruzamiento (arts. 44 y 45 de la ley 24.452), como medio de asegurarse la identificación del sujeto que cobra el documento, resultando una práctica frecuente originada en normas de auditoría interna de las empresas.

que el creador del título valor incorpore en el cartular la cláusula “no a la orden”, o su equivalente⁹⁶⁸.

Considerando la sustancial alteración de las consecuencias normales de la circulación, la doctrina ha debatido la naturaleza jurídica del título valor “no a la orden”⁹⁶⁹.

Entendemos que la mejor denominación para estos documentos es la de títulos valores desnaturalizados. Ello porque se hallan sustraídos desde el origen y frente a cualquier poseedor de los aspectos fundamentales de la disciplina resumida con el concepto de título valor⁹⁷⁰.

La utilidad práctica de la cláusula es realizar la voluntad del creador del título valor que quiere asegurarse de que, cualquiera sea el portador del instrumento, le serán oponibles las excepciones que correspondan al portador original del cartular (art. 399 del Código: *nemo plus iuris*).

La inserción de la cláusula “no a la orden” hace mutar absolutamente la ley de circulación del título valor, sustrayéndolo del ámbito de la circulación cambiaria típica, y lo inserta en las reglas generales del derecho privado.

III.3) *La cláusula “no a la orden” en los títulos valores a la orden: algunas cuestiones particulares*

La expresión legal “la transferencia del título valor debe hacerse conforme con las reglas de la cesión de derechos, y tiene los efectos propios de la cesión” plantea diversas cuestiones de interés práctico, de las que mencionaremos aquí las más relevantes⁹⁷¹. Entre ellas:

- a) *Forma de la inserción.* La cláusula debe insertarse en el título valor, sin que sea admisible la cláusula “no a la orden” en documento separado (arg. art. 1831). Cabe la inclusión de la

⁹⁶⁸ Por ejemplo, “no transferible” o “no endosable”.

⁹⁶⁹ Ver referencias en PAOLANTONIO, Martín E. y LEGÓN, Pablo A., *La cláusula “no a la orden” en el pagaré y el cheque. A propósito de las modificaciones de los decretos 1387/2001 y 386/2003*, en L. L. 2007-B-1003.

⁹⁷⁰ Autonomía (art. 1816) y adquisición *a non domino* (art. 1819).

⁹⁷¹ En lo demás, remitimos al trabajo citado en nota 184.

expresión en el contexto documental, o mediante sello u otro mecanismo en otras partes del documento⁹⁷².

- b) *El recurso al "endoso-cesión"*. El Código no ha mantenido una norma del tenor del artículo 1456 del Código Civil derogado⁹⁷³. En ese escenario, habrá que esperar la interpretación de la doctrina y jurisprudencia acerca del texto del artículo 1618 del Código y su referencia al endoso, a efectos de aceptar o no su equivalencia funcional con el artículo 1456 de anterior vigencia.
- c) *La cesión instrumentada en el mismo título valor*. Aun cuando se niegue la posibilidad del "endoso-cesión", no existe óbice legal a que el contrato de cesión se incorpore en el dorso del cartular. El Código –artículo 1618– sólo requiere la forma escrita, pero no un instrumento separado.
- d) *Notificación al deudor cedido*. Cualquiera sea la forma en que se instrumente la transferencia entre cedente y cesionario, para la oponibilidad de la cesión a terceros interesados debe cumplirse con la notificación requerida por el artículo 1620 del Código.
- e) *La acción ejecutiva del cesionario*. El cesionario, aunque no tiene una posición jurídica autónoma, mantiene cualquier prerrogativa inherente al derecho incorporado, lo que incluye la vía ejecutiva –si bien sólo contra el creador del título valor, en tanto el cedente no garantiza el pago salvo previsión expresa (art. 1630 del Código)–.

IV) Significado de la reforma

El texto del Código reconoce como soluciones por defecto para

⁹⁷² En el cheque es frecuente la incorporación de la expresión dentro del cruzamiento.

⁹⁷³ La norma prescribía que "Cuando la cesión fuere hecha por un instrumento particular, podrá tener la forma de un endoso; mas no tendrá los efectos especiales designados en el Código de Comercio, si los títulos del crédito no fuesen pagaderos a la orden". La existencia de esta norma ha provocado posiciones contrapuestas en la doctrina y jurisprudencia al interpretar la ley de cheques. Ver referencias en PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., ps. 74 y ss.

esta categoría jurídica a las antes reconocidas por las normas especiales (ver concordancias). Además de armonizarse el panorama normativo, se prevén los efectos de la cláusula "no a la orden", como alternativa del creador del título valor cartular que quiera preservar la oposición de defensas contra cualquier portador del documento.

Art. 1839 Endoso. El endoso debe constar en el título o en hoja de prolongación debidamente adherida e identificada y ser firmado por el endosante. Es válido el endoso aun sin mención del endosatario, o con la indicación "al portador".

El endoso al portador tiene los efectos del endoso en blanco. El endoso puede hacerse al creador del título valor o a cualquier otro obligado, quienes pueden endosar nuevamente el título valor.

I) Resumen

La norma indica en primer término la necesidad de que el acto de transmisión (endoso) se haga constar en el cartular, incluyendo su eventual prolongación.

Se prevé la posibilidad de que el endoso no indique el endosatario, o incluya la expresión "al portador" (en ambos casos, endoso en blanco).

La parte final se refiere a los sujetos del endoso, señalándose la posibilidad del endoso a favor de un obligado por el título valor (endoso de retorno).

II) Concordancias

Confusión (art. 931); extinción parcial de las obligaciones por confusión (art. 932); literalidad (art. 1831); endoso en blanco (art. 1843). Decreto-ley 5965/63, endoso de retorno, endoso al portador e inserción documental del endoso en la letra de cambio y pagaré (arts. 12 a 14). Ley 24.452, endoso de retorno, endoso al portador e inserción documental del endoso en el cheque (arts. 12 a 14).

III) Interpretación de la norma

III.1) Inserción documental del endoso

La primera cuestión objeto de la norma en estudio es el mandato legal de que el endoso se incorpore en el documento –incluyendo su hoja de prolongación–, lo que es una consecuencia de la literalidad de los títulos valores cartulares: artículo 1831 del Código⁹⁷⁴.

Aunque habitualmente el endoso se inserta al dorso del documento, en ausencia de una regla convencional o legal en contrario⁹⁷⁵, el artículo 1839 no se opone a la existencia del acto de transmisión en el frente del cartular.

Un endoso ajeno al tenor documental no tiene eficacia para cumplir con la ley de circulación del documento, más allá del análisis acerca de la posibilidad de considerar al acto extracartular como una transmisión válida conforme y sujeto a las reglas generales de la cesión de derechos.

III.2) Firma y entrega del título valor. Indicación del endosatario

La norma prevé, lógicamente, que el endoso debe estar firmado por el endosante, no siendo necesaria cláusula alguna que denote la voluntad de transferir el documento.

Pero el endoso como tal no perfecciona la transmisión, siendo necesaria la entrega o tradición del cartular (arg. arts. 750 y 1892 del Código)⁹⁷⁶.

No es necesario identificar al endosatario, y un equivalente de esa

⁹⁷⁴ La norma se refiere a la infrecuente hipótesis de que, como consecuencia de diversas atestaciones en la vida del documento (otros endosos, avales, etc.), no quede materialmente espacio para insertar el endoso en cartular. Para ese caso, se puede extender el documento vía hoja de prolongación, en tanto se asegure la pertenencia de ese apéndice al elemento principal (“adherida e identificada por el firmante”).

⁹⁷⁵ El caso del cheque, en el que el endoso debe hacerse en el reverso del documento (art. 14, ley 24.452).

⁹⁷⁶ Ver *supra*, comentario al art. 1837, con consideraciones adicionales sobre la entrega o tradición.

no identificación es la inclusión de la cláusula “al portador” o similar. En ambos casos, por oposición al denominado endoso completo (con indicación del endosatario), se estará en presencia de un endoso en blanco⁹⁷⁷.

III.3) El endoso de retorno

La parte final del artículo 1839 considera válido el endoso cuyo endosatario sea un participante anterior en el tráfico (creador o cualquier otro obligado), quien podrá a su vez transferir nuevamente el cartular.

Esta modalidad, conocida como endoso de retorno, es una excepción parcial a la extinción de las obligaciones cambiarias por confusión (arts. 931 y 932 del Código).

En este caso, en el cual el endosatario resulta ser un firmante anterior del documento, su posición (responsabilidad) en el documento queda determinada por su primera suscripción. Por ello, el ejercicio de su derecho no será efectivo (*dolo facit qui petit quod redditurus est*) respecto de los obligados, los que él garantizaba con su primera firma en el cartular⁹⁷⁸.

El endoso de retorno no produce la extinción por confusión de las obligaciones cambiarias, a menos que al vencimiento el título valor se encontrare en poder del deudor principal –quien no tiene acción para recuperar lo pagado por el documento–.

Con la salvedad expuesta, ya sea que el endosatario de retorno fuere obligado principal o de garantía, él puede volver a transmitir el título por endoso. Así, si A endosó el documento a B, B a C, C a D y D a A, A sólo podrá accionar cambiariamente contra el creador del

⁹⁷⁷ *Infra*, comentario al art. 1843.

⁹⁷⁸ En esta línea, se resolvió que “cabe desestimar la ejecución de un cheque, cuando del reverso del mismo se desprende que, si bien el ejecutante dispone de la acción ejecutiva para reclamar el pago al ejecutado, también éste la tendría luego respecto de aquél en virtud de la secuencia y reiteración de los endosos; de tal manera, la admisión de la ejecución habilitaría una nueva acción, con rol inverso y sujeta a las mismas constancias y reglas cambiarias, en desmedro del principio de economía procesal” (CNCom., sala C, 26-11-2002, “Cooperativa de Viv. Créd. y Consumo Concepción Ltda. c/Sánchez, Christian Alejandro”, www.pjn.gov.ar).

título valor y no contra B, C o D ya que éstos –salvo cláusula en contrario– contaban con la garantía originaria del primer endoso de A (arg. art. 1846 del Código).

IV) Significado de la reforma

También en este caso el Código reconoce como soluciones generales a las antes reconocidas por las normas especiales (ver concordancias), facilitando la tarea de armonización y coordinación para las especies típicas de títulos valores, y para las atípicas creadas al amparo del artículo 1820 del Código.

Art. 1840 *Condición y endoso parcial. Cualquier condición puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial.*

I) Resumen

La norma establece en su primera parte el carácter incondicional de la obligación del endosante del título valor, siendo la consecuencia de la presencia de una condición su ineficacia, sin afectarse la validez del documento.

La segunda oración afirma la nulidad de un endoso que pretenda fraccionar el importe de la obligación incorporada.

II) Concordancias

Condición en los actos jurídicos (art. 343); ineficacia y nulidad (art. 382); conversión del acto nulo (art. 384); incondicionalidad de la obligación incorporada al título valor (art. 1815). Decreto-ley 5965/63, carácter incondicional e integral del endoso en la letra de cambio y pagaré (art. 13). Ley 24.452, carácter incondicional e integral del endoso en el cheque.

III) Interpretación de la norma

III.1) *La incondicionalidad de la obligación del endosante*

La primera parte del artículo 1840 es coincidente con la solución

que con carácter particular se prevé para los títulos valores cambiarios⁹⁷⁹: el endoso debe ser puro y simple, considerándose no escrita toda condición a la que se lo subordinara. Se trata de una solución que es además coherente con el carácter incondicional de la obligación incorporada al título valor (art. 1815 del Código).

La ineficacia de la condición presenta algunos matices particulares que vale la pena considerar.

No se anula al endoso, ni se afecta consecuentemente la posibilidad de circulación típica del título valor. La redacción legal en ese sentido es clara: simplemente la condición se tiene por no puesta.

La sanción de nulidad limitada únicamente a la condición inserta en el endoso se explica con la finalidad de tutelar la circulación del título. Pero la eliminación *ope legis* de la condición vale sólo en el ámbito circulatorio del título valor, porque en la relación entre endosante y endosatario, en el campo del derecho común, la condición permanece vigente como un carácter accidental del negocio⁹⁸⁰.

Por ello, la condición asentada por el endosante es susceptible de ser opuesta al endosatario, y a los terceros en los términos de la *exceptio doli* (art. 1816 del Código)⁹⁸¹.

III.2) *El carácter integral del endoso*

La segunda parte de la norma en comentario prescribe la nulidad del endoso parcial. Con carácter particular, aunque fácilmente extensible a la categoría de títulos valores a la orden, la doctrina ha explicado

⁹⁷⁹ Art. 13 del decreto-ley 5965/63 para la letra de cambio y pagaré, y art. 13 de la ley 24.452 para el cheque.

⁹⁸⁰ Hueck y Canaris (*Derecho...* cit., p. 114) afirman que la solución legal interpretada de otro modo resultaría objetable desde el punto de vista jurídico-político, e irrazonable por desatender el principio de autodeterminación del contenido del acto jurídico sin justificación suficiente (recuérdese que, por hipótesis, la afirmación referida se refiere siempre a la situación entre vinculados directos por el título valor, con la consecuente ausencia de una circulación típica a tutelar en ese ámbito).

⁹⁸¹ Así, para la letra de cambio y el pagaré, CÁMARA, *Letra de cambio* cit., t. I, p. 540. Claro que ello será posible fuera del marco del juicio ejecutivo, atento a la generalizada interpretación jurisprudencial que veda la discusión causal (*lato sensu*) en este proceso (*supra*, comentario al art. 1821, inc. h).

tal solución sobre la base de la indivisibilidad del título valor y los inconvenientes de índole práctica que tal modalidad podría suscitar⁹⁸².

Notemos que, a diferencia de lo previsto para el endoso condicionado —en que la condición se tiene por no escrita, y no se afecta la circulación posterior del documento—, la nulidad del endoso parcial interrumpe la serie continua de endosos prevista como condición de la legitimación cartular⁹⁸³.

El endoso parcial se refiere al fraccionamiento de la prestación incorporada, y debe distinguirse de:

- a) La transmisión del título valor a varias personas, sea de manera conjunta o alternativa (coendosatarios), ya que, en tal caso, se les atribuye colectivamente la investidura formal de portadores legítimos⁹⁸⁴.
- b) La hipótesis de endoso por el saldo insoluto luego de un pago parcial, subsistiendo, en tal caso, la legitimación por el crédito residual (que es el total de la prestación remanente).
- c) La garantía parcial del endosante por el pago del documento, ya que en estos casos la función de transmisión opera plenamente, limitándose simplemente la entidad de la responsabilidad patrimonial del endosante⁹⁸⁵.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1839, apartado IV.

⁹⁸² Para el cheque, Fontanarrosa explica que “si cada endosante pudiera fraccionar el importe del título que a él le ha sido endosado, se llegaría a una atomización del documento contraria a la facilidad y seguridad de su circulación” (*Régimen jurídico* cit., p. 130). Antonio Vega Vega (*El endoso pleno*, en GARCÍA-CRUCES, Antonio, *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 152) concluye que “es palmario que no puede existir un endoso parcial por la propia naturaleza del endoso, ya que el documento en sí, con su crédito, pasa al endosatario, por lo que no sería válido entregar su soporte documental y retener una parte del crédito”.

⁹⁸³ Ver *infra*, comentario al art. 1842.

⁹⁸⁴ Ver art. 59 del decreto-ley 5965/63 para los supuestos de pluralidad de personas en una misma posición jurídica en el título valor.

⁹⁸⁵ Ver *infra*, comentario al art. 1846.

Art. 1841 *Tiempo del endoso*. El endoso puede ser efectuado en cualquier tiempo antes del vencimiento. El endoso sin fecha se presume efectuado antes del vencimiento.

El endoso posterior al vencimiento produce los efectos de una cesión de derechos.

D) Resumen

La norma señala el marco temporal del endoso, que no se acota a la etapa de circulación del documento, sino que es posible aun luego de la exigibilidad del derecho incorporado.

Pero en este último caso, los efectos de la transmisión no serán los propios de la disciplina de los títulos valores, sino los comunes a las transmisiones voluntarias (cesión de derechos).

II) Concordancias

Efectos de la transmisión de derechos (art. 399); cesión bajo forma de endoso (art. 1618); garantía del cedente (art. 1628); autonomía y adquisición *a non domino* en los títulos valores (arts. 1816 y 1819). Decreto-ley 5965/63, endoso tardío en la letra de cambio y pagaré (art. 21). Ley 24.452, endoso tardío en el cheque (art. 22).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El endoso tardío en los títulos valores a la orden: carácter atípico de la transmisión*

El artículo 1841 —de modo análogo a lo previsto por normas especiales sobre títulos valores a la orden⁹⁸⁶— admite la realización del endoso aun después de que el derecho incorporado resulta exigible.

Pero si bien no existen límites temporales para el endoso, la norma no considera adquisición típica (*id est*: con efectos propios de la disciplina de los títulos valores) a la que se realiza con posterioridad al vencimiento.

⁹⁸⁶ Art. 21 del decreto-ley 5965/63 (letras de cambio y pagarés); art. 22 de la ley 24.452 (cheques). La norma no se aplica a otras especies de títulos valores.

La razón por la cual la circulación tardía no está asistida por la protección cartular radica en la anormalidad de una transmisión del título valor después del momento en que su función debería haberse realizado. La circulación ulterior, tardía, induce a la duda o sospecha sobre la posibilidad de realización del crédito incorporado al documento.

En este sentido, se ha señalado que en estos casos el adquirente de un título valor cuyo pago es dudoso no merece la protección extraordinaria propia de los títulos valores⁹⁸⁷. En una línea similar, comentando la solución tradicional ya presente en los proyectos de unificación internacional de Ginebra, se afirma que la norma se inspira en la idea de que un documento vencido no puede servir ya como instrumento de crédito o de pago y no podría circular con las mismas garantías que otro aún no vencido⁹⁸⁸.

III.2) Efectos del endoso tardío

De acuerdo con el segundo párrafo de la norma en comentario, el endoso tardío produce los efectos de una cesión de derechos (básicamente, la vigencia de la regla del *nemo plus iuris* del art. 399 del Código).

Se transmiten así al endosatario todos los derechos inherentes al cartular en cabeza del endosante, pero:

- La adquisición del endosatario, como cesionario, está privada del carácter autónomo (art. 1816 del Código).
- El endosatario no estará protegido de defectos en el título del endosante, por lo que no habrá en este supuesto posibilidad para la adquisición *a non domino* (art. 1819 del Código).
- El endosante no será sujeto obligado al pago del documento, en los mismos términos que no lo es el cedente (art. 1628 del Código).

Pero no será necesaria la notificación al deudor cedido (art. 1620 del Código). La norma atribuye al endoso posterior al vencimiento los efectos de una cesión de créditos, pero no hace una remisión genérica a las reglas de la cesión de derechos, a diferencia del comentado artículo 1838.

⁹⁸⁷ HUECK y CANARIS, *Derecho...* cit., p. 129.

⁹⁸⁸ FONTANARROSA, *Régimen jurídico* cit., p. 161.

Por último, aunque el endosatario (cesionario) no tiene acción contra el endosante (cedente), aquél es sujeto activo del vínculo solidario⁹⁸⁹ y puede ejercer todos los derechos resultantes del título valor, incluyendo las prerrogativas procesales que lo acompañaren (título ejecutivo)⁹⁹⁰.

III.3) Alternativas del endoso tardío

En ausencia de una restricción expresa, u otra de carácter implícito que pudiera asignarse al endoso tardío según las reglas generales de los títulos valores a la orden, cabe entender que ese endoso puede ser en blanco, al portador, o con indicación del endosatario (art. 1839 del Código).

Si el último endoso anterior al vencimiento era en blanco, el portador puede con posterioridad a la exigibilidad del derecho incorporado entregarlo manualmente a un tercero, quien quedará investido de los derechos resultantes del documento, claro está, con los efectos indicados más arriba.

También serán viables los endosos con efectos limitados (en procuración o en garantía)⁹⁹¹.

III.4) La presunción del tiempo del endoso

La fecha no es un requisito o exigencia para la validez del endoso, y de hecho rara vez en la práctica se incorpora esa circunstancia.

De allí la conveniencia de una norma interpretativa como la que trae el artículo 1841: la ausencia de fecha hace presumir que el endoso fue hecho antes del vencimiento.

Se trata de una presunción que admite prueba en contrario, como ocurre cuando el tenor documental permite determinar el carácter tardío del endoso⁹⁹².

⁹⁸⁹ *Supra*, comentario al art. 1826.

⁹⁹⁰ En materia de cheque, la jurisprudencia ha resuelto en el sentido indicado en reiteradas oportunidades. Ver, por ejemplo, CNCom., sala A, 19-3-2008, "Russ SRL c/Reich, Rubén"; sala B, 5-6-2008, "Szytyberg, Norberto Javier c/Masri, Jaime", MJJ38237; CCCom. de Mar del Plata, sala II, 3-9-96, L. L. B. A. 1997-322.

⁹⁹¹ *Infra*, comentario a los arts. 1844 y 1845.

⁹⁹² Ver, con referencia a las soluciones particulares para la letra de cambio, el

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1839, apartado IV.

Art. 1842 *Legitimación*. El portador de un título a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho en él incorporado, por una serie no interrumpida de endosos formalmente válidos, aun cuando el último sea en blanco.

I) Resumen

La norma presenta para el caso de los títulos a la orden la definición de lo que ha de entenderse en este caso como ley de circulación: la existencia de una serie ininterrumpida de endosos, circunstancia que no se ve alterada por ser el último de ellos en blanco.

II) Concordancias

Pago liberatorio (art. 1817); titularidad (art. 1819); excepción de falta de legitimación (art. 1821, inc. d); endoso en blanco (art. 1843); cancelación del título valor (art. 1852). Decreto-ley 5965/63, legitimación en la letra de cambio y pagaré (art. 17). Ley 24.452, legitimación en el cheque a la orden (art. 17).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La legitimación en los títulos valores: remisión parcial*

Al comentar los artículos 1817 y 1819 realizamos algunas referencias sobre el tema legitimación, que por razones de brevedad damos aquí por reproducidas.

La norma en análisis particulariza para los títulos valores a la orden el concepto de legitimación, que se sigue de la calidad de portador

pagaré y el cheque, BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., *Cuestiones probatorias en Derecho Cambiario*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 14, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 251.

del documento conforme con su ley de circulación (en este caso, una serie ininterrumpida de endosos, que en ocasiones la doctrina identifica como "cadena regular de endosos").

III.2) *Serie ininterrumpida de endosos*

Parece casi una obviedad señalar que el concepto central a precisar en este comentario es el que titula esta sección. La legitimación exige que el portador del documento exhiba una posesión conforme a la ley de circulación del título valor, lo que nos lleva a analizar el alcance del concepto "serie ininterrumpida de endosos".

Se ha señalado gráficamente que la cadena de endosos desempeña en el régimen de los títulos a la orden el mismo cometido legitimador que la inscripción registral en el derecho inmobiliario y, en menor medida, la posesión en la regulación de las cosas muebles⁹⁹³.

A pesar de la importancia del concepto, quizá por la parquedad legal que también se aprecia en las normas especiales sobre títulos valores cambiarios⁹⁹⁴, o por la complejidad de la cuestión, no hay consenso en la doctrina a la hora de determinar el alcance del concepto de serie regular o ininterrumpida de endosos, y la normativa sobre títulos valores cambiarios es particularmente escueta en esta materia.

Una primera aproximación al fenómeno, genérica y recibida en forma conteste por los autores, la brinda Vivante: "la serie de endosos es regular cuando el tomador de la letra figura en ella como primer endosante y cuando en cada uno de los sucesivos endosos figura como endosante aquel que aparece o puede ocupar el lugar que ha quedado en blanco (en el endoso en blanco), o como endosatario en el endoso anterior, y el último tenedor del título debe aparecer como endosatario en el último endoso o tener la posibilidad de ocupar tal lugar, si ha quedado sin llenar"⁹⁹⁵. Sobre la base de esta definición,

⁹⁹³ EIZAGUIRRE, *Derecho...* cit., p. 175.

⁹⁹⁴ Art. 17 del decreto-ley 5965/63 (letras de cambio y pagarés) y art. 17 de la ley 24.452 (cheques). Respecto de esas normas, el art. 1842 agrega el concepto de "endosos formalmente válidos", lenguaje que es valioso para la interpretación, como lo explicamos en el texto.

⁹⁹⁵ VIVANTE, *Tratado...* cit., t. III, ps. 382 y 383.

una cadena de endosos ininterrumpida se realizará según el esquema A a B, B a C, C a D, y así sucesivamente.

Es menester aclarar que, en virtud del silencio legal, puede inferirse que no se requiere una perfecta identidad material entre la indicación del beneficiario y la firma del endoso sucesivo. En este sentido, ya Vivante⁹⁹⁶ enseñaba que las ligeras diferencias que no pongan en duda seriamente la identidad de los mismos (v. gr., abreviaturas) no interrumpen la cadena. Pero entendemos que esta alternativa ha de analizarse caso por caso sin una generalización apresurada, y que corresponde exigir al menos la compatibilidad entre la indicación del endosatario y el endosante sucesivo⁹⁹⁷.

Complementando lo dicho previamente⁹⁹⁸, cabe afirmar que:

- a) La simple legitimación formal no faculta sin más al tenedor para pretender la realización del crédito incorporado al título valor. La legitimación formal –posesión del título valor acompañada de una serie ininterrumpida de endosos– constituye únicamente una presunción *iuris tantum* de titularidad del crédito. De manera que, tratándose de una simple presunción, el deudor puede enervarla o destruirla probando, por los medios que estén a su alcance, que el tenedor que reclama, aunque aparentemente se halle legitimado, no es titular del crédito, puesto que no ha adquirido, o ha perdido, la propiedad del título valor⁹⁹⁹.
- b) La falta de legitimación formal no releva necesariamente al deudor del pago de la prestación incorporada al título valor. Lo que

⁹⁹⁶ VIVANTE, *Tratado...* cit., t. III, p. 383.

⁹⁹⁷ La jurisprudencia ha considerado irrelevantes las diferencias no significativas entre el nombre del legitimado y el incorporado al documento: Juan Salvador/Juan Manuel Salvador (CNCom., sala B, 4-6-71, "Salvador, J. c/Scarone, S. y otro", www.pjn.gnv.ar); n Héctor Erbiti/Héctor A. Erbiti (CNCom., sala C, 15-12-2006, "Erbiti, Héctor A. c/I. M. y C. SA", L. L. Online), o la de la sociedad portadora, aun cuando su nominación social era abreviada o incompleta (CCCom. de San Martín, sala II, 18-2-2003, L. L. B. A. 2003-772), donde se consignó "Cofasa" en lugar de "Cofasa Coop. Farmacéutica Ltda. de General Sarmiento". Valen también aquellas expresiones que, aun designando un nombre de fantasía, resultan inequívocas para cualquier participante del tráfico (v. gr.: "páguese a Librería X").

⁹⁹⁸ *Supra*, comentario a los arts. 1816 y 1819.

⁹⁹⁹ Ver previamente el comentario al art. 1817.

ocurre en esta hipótesis es que no se verifica la presunción *iuris tantum* de titularidad derivada de la legitimación formal, por lo que el portador deberá probar su legitimación material (titularidad). Por lo tanto, si el tenedor prueba que la ruptura de la cadena de endosos obedece a una transmisión extracartular válida (v. gr., el heredero *ab intestato* que acompaña la declaratoria, o el cesionario que acompaña el instrumento de cesión), tendrá sin duda derecho a que le sea satisfecho el importe del título valor. E incluso en la hipótesis de que el acreedor no posea el título valor (porque lo ha perdido o se lo han robado o se ha destruido), podrá pretender su cobro del deudor. Necesitará, eso sí, de una previa resolución judicial de cancelación del título valor¹⁰⁰⁰.

- c) La legitimación formal no es condición suficiente ni necesaria para pretender el cobro del documento. No es suficiente, en tanto admite prueba en contrario destinada a hacer caer la presunción *iuris tantum* de titularidad. No es necesaria, en cuanto sustituible por otros medios de prueba.

Para culminar con las nociones acerca de la serie regular de endosos, cabe mencionar que las firmas falsas no la afectan, y el pago resulta igualmente liberatorio aun en el caso extremo de que todos los endosos resultaren falsos. Es que lo decisivo es, como regla general, la concordancia aparente de los endosos¹⁰⁰¹.

Tampoco la existencia de un endoso realizado por un incapaz, o el suscripto por un falso representante, tienen virtualidad para interrumpir la serie de endosos. Alguna de estas cuestiones, que se han debatido ampliamente para los títulos valores cambiarios, quedan resueltas por la precisa referencia de la norma en comentario a que lo que se requiere para la presencia de continuidad en los endosos es la validez formal de éstos.

¹⁰⁰⁰ *Infra*, comentario al art. 1852.

¹⁰⁰¹ Así, la noción de serie ininterrumpida de endosos está esencialmente vinculada a la apariencia y tenor literal del documento. La utilización, frecuente en la doctrina y en las normas especiales sobre títulos valores, del término "portador legítimo" no debe entenderse como una referencia a la legitimidad de la adquisición, lo que oscurecería la distinción de ese concepto con el de titularidad, donde sí juegan elementos subjetivos (*supra*, comentario al art. 1819).

IV) Significado de la reforma

En buena parte el artículo 1842 reitera los conceptos de normas especiales (ver concordancias). Aunque esa circunstancia presenta por sí aspectos positivos al armonizar la normativa general y particular, la referencia a la validez formal del endoso como condición para la regularidad de la serie o cadena agrega una guía valiosa para el intérprete¹⁰⁰².

Art. 1843 *Endoso en blanco.* Si el título es endosado en blanco, el portador puede llenar el endoso con su nombre o con el de otra persona, o endosar nuevamente el título, o transmitirlo a un tercero sin llenar el endoso o sin extender uno nuevo.

I) Resumen

La norma determina las alternativas que tiene el portador del título valor a la orden endosado en blanco. Todas las mencionadas mantienen la serie ininterrumpida de endosos, aun con consecuencias diferentes respecto de la responsabilidad del portador legitimado por el endoso en blanco.

II) Concordancias

Pago liberatorio (art. 1817); titularidad (art. 1819); excepción de falta de legitimación (art. 1821, inc. d); endoso al portador como endoso en blanco (art. 1839); legitimación (art. 1842). Decreto-ley 5965/63, facultades del portador legítimo en virtud de un endoso en blanco en la letra de cambio y el pagaré (art. 15). Ley 24.452, facultades del portador legítimo en virtud de un endoso en blanco en el cheque (art. 15).

III) Interpretación de la norma**III.1) *Facultades del portador legítimo en virtud de un endoso en blanco***

El endoso que no identifica el nombre del endosatario (“endoso

¹⁰⁰² Ver *supra*, III.2 del comentario a este artículo.

en blanco”) se asimila al endoso “al portador” (art. 1839 del Código) y permite al endosatario:

- a) Completar el endoso con su nombre o el de otra persona, asumiendo el designado el carácter de endosatario (posibilidad que es de escasa utilización en la práctica). Si lo hiciese con su nombre, se vinculará al título valor como endosatario, con todas las consecuencias que ello entraña y, para transmitirlo, deberá a su vez endosarlo. Si lo llenase con el nombre de un tercero, el transmitente no entrará en las relaciones jurídicas vinculadas al título valor, ya que su nombre y firma no aparecen para nada en el documento.
- b) Endosar el título valor nuevamente en blanco (o al portador) o a otra persona, lo que importará –salvo cláusula en contrario (art. 1846 del Código)– su responsabilidad por el pago del título valor.
- c) La tercera opción autorizada por el artículo 1843 consiste en transmitir el título valor a un tercero sin llenar el blanco ni endosarlo. De este modo, el portador del título valor (en virtud del endoso en blanco) lo transfiere por simple tradición manual, como si fuese un instrumento al portador, lo que es posible ya que no existe indicación de beneficiario. Y no asume en este caso tampoco responsabilidad por el pago del título valor.

III.2) *La legitimación y ley de circulación del título valor luego de un endoso en blanco*

Como se explica en el apartado precedente, la posición jurídica de quien recibe el título valor en virtud de un endoso en blanco dependerá de que endose o no el documento.

Esa variabilidad de la función de garantía del endoso¹⁰⁰³ no se traslada a la legitimación del portador sucesivo (que en todas las alternativas señaladas será portador legítimo).

Tampoco se verifica en los casos de tradición manual una alteración

¹⁰⁰³ *Infra*, comentario al art. 1846.

de la ley de circulación: el título valor continúa siendo a la orden, de modo que la inserción ulterior de un endoso tiene los efectos propios de ese acto jurídico¹⁰⁰⁴.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1839, apartado IV.

Art. 1844 *Endoso en procuración.* Si el endoso contiene la cláusula “en procuración” u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero sólo puede endosarlo en procuración.

Los obligados sólo pueden oponer al endosatario en procuración las excepciones que pueden ser opuestas al endosante.

La eficacia del endoso en procuración no cesa por muerte o incapacidad sobrevenida del endosante.

I) Resumen

La norma se refiere a las consecuencias jurídicas centrales del endoso en procuración, que constituye una forma simplificada de otorgar un mandato para el ejercicio de los derechos incorporados al título valor. En este supuesto, se disocian la titularidad (que se mantiene en el endosante) y la legitimación (que se transmite al endosatario).

II) Concordancias

Representación voluntaria (arts. 362 y ss.); titularidad (art. 1819); excepción de falta de legitimación (art. 1821, inc. d); endoso al portador como endoso en blanco (art. 1839); legitimación (art. 1842). Decreto-ley 5965/63, endoso en procuración en la letra de cambio y pagaré (art. 19). Ley 24.452, endoso en procuración en el cheque (art. 21).

¹⁰⁰⁴ Nótese la solución diferente que correspondería si se tratara de un título valor al portador en el cual se insertare un endoso, el que sólo puede valer como una obligación de garantía del “endosante”. Es éste el caso previsto por el art. 18 de la ley 24.452: PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., p. 100.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Endoso en procuración: aspectos generales*

El endoso en procuración es un supuesto de representación voluntaria (arts. 362 y ss. del Código), con formalidades simplificadas y un régimen jurídico particular que se presenta en la norma que comentamos.

En el marco de los títulos valores a la orden, se trata de un endoso con funciones (efectos) limitadas, ya que no se verifica ni la transmisión del crédito incorporado al título valor, ni la función de garantía (responsabilidad del endosante).

En el endoso de apoderamiento o en procuración está ausente la finalidad de transmisión¹⁰⁰⁵, siendo su causa fin la concesión del endosante al endosatario de una representación especial, ajeno a las eventuales formalidades de derecho común, aunque no a su disciplina y principios propios.

El otorgamiento de una representación no requiere ni supone la transferencia del crédito al patrimonio del endosatario, y por cierto no es consistente con la existencia de una obligación de pago o garantía por el endosante, quien mantiene el carácter de titular del crédito incorporado al título valor. Básicamente, el endoso en procuración legitima al endosatario para el ejercicio de los derechos derivados del documento, como representante del endosante.

III.2) *Forma de su inserción*

El apoderamiento, como surge con claridad de la expresión legal “u otra similar”, no requiere fórmulas sacramentales. En atención a ello, generalmente se ha entendido que, además de las expresiones señaladas por la ley, el endosante puede valerse de cualesquiera otras como “por poder”, “por mandato”, “por procuración”, “por mi cuenta”,

¹⁰⁰⁵ De allí que cualquier endoso posterior se considera por imperio legal en procuración, lo que jurídicamente equivale a una sustitución de mandato (art. 377 del Código). Sobre el endoso en procuración véase FARGOSI, Horacio P., *Anotaciones sobre el endoso en procuración*, La Ley, p. 1312; MIGLIARDI, Francisco N., *Endoso en procuración*, en L. L. 1984-B-29 (y sus citas).

“para su reintegro”, “por comisión de cobranza”, “por apoderamiento”, “por mi encargo”, “valor en recaudación”, “para su cobro”, u otras que exterioricen la voluntad de otorgar un mandato¹⁰⁰⁶.

Asimismo, también se ha aceptado en forma generalizada que el endoso en procuración puede incluso ser en blanco o al portador¹⁰⁰⁷.

III.3) *Facultades del endosatario en procuración*

El endosatario-mandatario estará sujeto a las instrucciones de su mandante. Respecto de las facultades del endosatario-mandatario, el artículo 1844 prevé la posibilidad de ejercicio (incluso en sede judicial) de todos los derechos inherentes al cartular. Esa habilitación general incluye:

- a) Cumplir con las cargas y diligencias propias del portador legítimo (por ej., la presentación al pago, cursar avisos de incumplimiento, dar recibo de pago, promover la acción de cancelación, etc.).
- b) Efectuar las gestiones extrajudiciales y judiciales (estas últimas sin necesidad de ser abogado o procurador, aunque obviamente deberá contar con patrocinio letrado en caso de actuación judicial) para el cobro del documento –salvo, por supuesto, contra su endosante–, incluyendo la posibilidad de requerir la quiebra de los obligados al pago¹⁰⁰⁸, y el pedido de verificación del crédito¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ Ver, por ejemplo, CNCom., sala B, 28-4-83, L. L. 1984-B-29.

¹⁰⁰⁷ CÁMARA, *Letra de cambio...* cit., t. I, p. 589; WILLIAMS, Jorge N., *Letra de cambio y pagaré*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, t. II, p. 118; FONTANARROSA, *Régimen jurídico...* cit., p. 158; COTTINO, Gastone y otros, *I titoli di credito*, en *Trattato di Diritto Commerciale*, dir. por Gastone Cottino, Cedam, Padova, 2006, vol. 7, p. 580. Ver sin embargo la solución particular que actualmente corresponde al cheque en virtud de la reglamentación del Banco Central de la República Argentina en PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques* cit., ps. 113 y ss.

¹⁰⁰⁸ FONTANARROSA, *Régimen jurídico...* cit., p. 159; HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 171.

¹⁰⁰⁹ Ver CNCom., sala D (del dictamen de fiscal de Cámara), 31-7-85, “May-Lac SRL s/Quiebra s/Incidente de verificación por Toyos, Héctor”; sala B, 13-3-86, “Santimex SCA s/Quiebra s/Inc. de revisión por Juan C. Berisso”.

Sin embargo, el endoso en procuración no confiere suficientes facultades para gestiones ajenas a lo estrictamente cartular, y por ello, el endosatario no cuenta con facultades para:

- a) Promover la acción causal o de enriquecimiento¹⁰¹⁰ (art. 1827 del Código).
- b) Conceder quitas, acordar esperas, hacer remisiones o renunciaciones de derechos, transigir y, en general, realizar cualquier acto de disposición sobre el crédito incorporado al título valor¹⁰¹¹.

III.4) *Excepciones oponibles al endosatario en procuración*

El endosatario en procuración no es titular del derecho incorporado al título valor, sino un representante, carente por definición de un interés económico autónomo. Esta circunstancia explica por qué el tercer párrafo del artículo 1844 prevé que sólo podrán oponerse al endosatario las excepciones correspondientes al endosante.

La norma se refiere a las excepciones de carácter personal, y por cierto no pretende excluir la posibilidad de hacer valer las defensas que por sus características sean oponibles *erga omnes*¹⁰¹².

III.5) *Concurso y quiebra: efectos sobre el endoso en procuración*

El párrafo final del artículo 1844 mantiene la vigencia del endoso en los supuestos de muerte o incapacidad sobrevinida del endosante, una excepción a las reglas generales del artículo 380 del Código. Nada se dice acerca de los efectos del concurso o quiebra.

Al respecto, considerando las diferentes características de los procesos de insolvencia en la legislación nacional, cabe distinguir los siguientes supuestos:

- a) La quiebra del endosatario en procuración produce la extinción del mandato conferido (arg. art. 147, ley 24.522 y art. 380 del

¹⁰¹⁰ CÁMARA, *Letra de cambio...* cit., t. I, p. 593; RICHARD y ZUNINO, *Régimen...*, p. 92; CNCom., sala D, 6-5-91, “López, Héctor M. c/Cusoni, Aída”, J. A. 1991-III-570.

¹⁰¹¹ Por todos, HEREDIA, *Tratado...* cit., t. III, p. 171. Las limitaciones suponen la inexistencia de instrucciones expresas en contrario.

¹⁰¹² Ver *supra*, comentario al art. 1821.

Código), pudiendo el endosante *in bonis* obtener la restitución del título valor (arg. art. 138, ley 24.522). Sin embargo, deberá verificar su crédito si el endosatario –ahora fallido– lo hubiera percibido sin cumplir con su obligación de entrega (art. 372 del Código) respecto de su mandante.

- b) Si, en cambio, fuera el endosante en procuración quien hubiera sido declarado en quiebra, el apoderamiento se extingue (art. 380 del Código) y el endosatario –por hipótesis *in bonis*– debe entregar el documento al síndico (arg. art. 88, inc. 3º, ley 24.522), quien es el legitimado activo para el ejercicio de las acciones incorporadas al título valor –artículo 182, ley 24.522–.
- c) En el concurso preventivo no existen normas del tenor de lo que luce en el artículo 147, ley 24.522, aunque nada impide la revocación del mandato o su renuncia, debiendo en ambos casos el endosatario restituir el título.
- d) Si el endosante *in bonis* no hubiera recibido del endosatario concursado el importe percibido por éste, deberá solicitar la verificación de su crédito en el concurso. Ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal que pudiere corresponder al endosatario.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1839, apartado IV.

Art. 1845 *Endoso en garantía.* Si el endoso contiene la cláusula “valor en prenda” u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero el endoso hecho por él vale como endoso en procuración.

El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el título lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquél.

I) Resumen

La norma se refiere al endoso en garantía, que es una modalidad simplificada propia de los títulos valores a la orden, mediante la cual se constituye una prenda del cartular (y consecuentemente, del derecho en él incorporado).

También en este supuesto se disocian las calidades de titular y portador legítimo, pero a diferencia de lo que ocurre en el endoso en procuración, el endosante es responsable por el pago del título valor.

II) Concordancias

Autonomía (art. 1816); titularidad (art. 1819); excepción de falta de legitimación (art. 1821, inc. d); endoso al portador como endoso en blanco (art. 1839); legitimación (art. 1842); prenda de créditos (arts. 2232 y ss.). Decreto-ley 5965/63, endoso en garantía en la letra de cambio y pagaré (art. 20).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Endoso en garantía: aspectos generales*

El endoso en garantía es un supuesto de constitución de un derecho real de prenda de créditos (arts. 2232 y ss. del Código), con formalidades simplificadas y un régimen jurídico particular que se presenta en la norma que comentamos.

En el marco de los títulos valores a la orden, se trata de un endoso con funciones (efectos) limitadas, ya que no se verifica la transmisión del crédito incorporado al título valor, pero sí –salvo cláusula en contrario: artículo 1846 del Código– la función de garantía (responsabilidad del endosante).

En el endoso en garantía, prenda o caución, está ausente la finalidad de transmisión¹⁰¹³, siendo su causa fin la constitución de una prenda,

¹⁰¹³ De allí que cualquier endoso posterior se considera por imperio legal en procuración, lo que jurídicamente equivale al otorgamiento de un mandato (art. 1844 del Código). Sobre el *endoso en garantía*: ARAYA, Celestino R., *Endoso en garantía*, en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, Universitas,

ajena a las eventuales formalidades de derecho común, aunque no a su disciplina y principios propios.

III.2) *Forma de su inserción*

La constitución de la garantía, como surge con claridad de la expresión legal “u otra similar”, no requiere fórmulas sacramentales. En atención a ello, generalmente se ha entendido que, además de las expresiones señaladas por la ley, el endosante puede valerse de cualesquiera otras como “en caución”, “en prenda”, “valor en garantía”, u otras similares que exterioricen la voluntad de otorgar una garantía real¹⁰¹⁴.

Asimismo, también se ha entendido en forma generalizada que el endoso en procuración puede incluso ser en blanco o al portador.

III.3) *Facultades del endosatario en garantía*

El artículo 2234 del Código, primer párrafo, expresa que “El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado. Se aplican las reglas del mandato”.

Ese reenvío nos permite la remisión a lo señalado respecto de las facultades del endosatario en procuración¹⁰¹⁵, que aplican a la actuación del endosatario en garantía.

III.4) *Excepciones oponibles al endosatario en garantía*

El endosatario en garantía no es titular del derecho incorporado al título valor, sino –en esencia– un acreedor prendario. Esta última circunstancia lo separa netamente del endosatario en procuración, quien –como lo explicamos más arriba¹⁰¹⁶– carece de un interés económico autónomo.

Rosario, 1979, t. I, ps. 35-47; MIGLIARDI, Francisco, *Derechos del portador de un documento con endoso que contiene la cláusula “valor en garantía” o “valor en prenda”*, en L. L. 1981-B-229.

¹⁰¹⁴ CNCom., sala D, 18-6-80, “Banco de Entre Ríos c/Salviani SA”, L. L. 1981-B-229, con nota de Francisco Migliardi. En doctrina, MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Prenda de títulos valores*, en L. L. 2009-B-1208.

¹⁰¹⁵ *Supra*, comentario al art. 1844, III.3.

¹⁰¹⁶ Comentario al art. 1844, III.4.

El endosatario en garantía sí lo tiene, y ello explica por qué el último párrafo del artículo 1845 presenta un lenguaje consistente con la posición autónoma que caracteriza al portador del título valor (art. 1816): “El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el título lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquél”.

El texto legal se refiere a las excepciones de carácter personal, y nada predica respecto a las defensas que por sus características sean oponibles *erga omnes*¹⁰¹⁷. La autonomía cede en el supuesto de mala fe, con un lenguaje análogo al utilizado en el artículo 1816, a cuyo comentario en este punto remitimos.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1839, apartado IV.

Art. 1846 *Responsabilidad*. Excepto cláusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligación incorporada.

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante cláusula expresa.

I) Resumen

La norma legal se refiere a la función de garantía del endoso, que es una consecuencia natural (modificable por cláusula expresa inserta en el cartular) de la transmisión del documento a la orden conforme su ley de circulación.

II) Concordancias

Responsabilidad del creador del título valor y de los garantes (art. 1826); endoso (art. 1839); legitimación (art. 1842). Decreto-ley 5965/63,

¹⁰¹⁷ Ver *supra*, comentario al art. 1821.

garantía del endosante en la letra de cambio y pagaré (art. 16). Ley 24.452, garantía del endosante en el cheque (art. 16).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La función de garantía en el endoso: aspectos generales*

Además de la legitimación del endosatario, y la transmisión de todos los derechos inherentes al título, es una característica natural del llamado endoso pleno o propio la constitución del endosante en deudor solidario del pago del título valor a la orden.

Ésa es la solución por defecto del artículo 1846 del Código, pero el endosante puede insertar en el cartular una cláusula que lo exonere de responsabilidad por el pago del título valor. La liberación de responsabilidad se limita al *plano cartular*, por lo que el endosante "sin garantía" mantiene su responsabilidad causal en los términos del artículo 1827 del Código.

La exoneración de responsabilidad no requiere una fórmula sacramental: la expresión legal "cláusula expresa" es clara en ese sentido. Esta mención ("sin garantía", "sin responsabilidad", "sin obligación", etc.), contemplada por la primera parte del artículo 1846, obsta a la responsabilidad del firmante respecto de todos los sucesivos portadores del título valor.

Los efectos de la cláusula sólo aprovechan a aquel endosante que la hizo figurar expresamente en su endoso, contra cualquiera que resulte en adelante portador legítimo del documento. Pero los sucesivos endosatarios estarán plenamente obligados entre ellos de no haberla repetido, o de otro modo limitado su responsabilidad.

Cabe señalar que es válida la limitación parcial de la responsabilidad (v. gr. "respondo por el 50% del importe"), ya que ello no importa la transmisión parcial del crédito, tachada de nulidad por el artículo 1840 del Código. El crédito incorporado al título valor se transmite en este caso en su totalidad, sólo acotándose la cantidad de la obligación de garantía, consecuencia natural del endoso en la norma en análisis.

III.2) *Las cláusulas de "prohibición" del endoso*

El artículo 1846 no incorpora un texto análogo presente en leyes especiales, que se agrupan genéricamente bajo el nombre de cláusulas de prohibición del endoso¹⁰¹⁸.

Estos supuestos, más que prohibiciones de recurrir a la ley de circulación del título valor —lo que sólo puede hacer el creador del cartular: artículo 1838 del Código—, implican una modulación de la exoneración de responsabilidad.

Es el caso de cláusulas como "no endosable", "no transmisible" y similares. Cabe aquí por analogía la interpretación que hemos sostenido respecto de las normas especiales sobre títulos valores: el endosante no responderá frente a ulteriores portadores del cartular, pero sí respecto a su endosatario¹⁰¹⁹.

Esa conclusión se fortalece además por la omisión —que no puede juzgarse casual— de previsiones en leyes especiales que han generado lecturas diversas en la doctrina¹⁰²⁰.

III.3) *Carácter de la responsabilidad de los endosantes*

En tanto garantes del pago del título valor, la responsabilidad de los endosantes —aun ante el silencio del artículo 1846— tendrá carácter solidario, con el alcance explicado al comentar el artículo 1826.

IV) Significado de la reforma

Además del valor general de incorporar soluciones análogas a las existentes para títulos valores particulares (ver comentario al art. 1839, apartado IV), el artículo 1846 simplifica la tarea del intérprete al no reiterar normas que han sido objeto de conclusiones disímiles en su interpretación, sin que se pudiese apreciar un sentido práctico para su

¹⁰¹⁸ Art. 16, segunda parte, del decreto-ley 5965/63: "Él puede prohibir un nuevo endoso; en tal caso él no será responsable hacia las personas a quienes posteriormente se endosase la letra de cambio". Un texto similar presenta el art. 16 de la ley 24.452 para los cheques.

¹⁰¹⁹ Para un análisis adicional del tema, PAOLANTONIO y LEGÓN, *Ley de Cheques...* cit., ps. 89 y 90.

¹⁰²⁰ Es el caso de la norma reproducida en la nota 1018.

previsión expresa¹⁰²¹. Bajo el artículo 1846, las "restricciones" aparentes de la circulación *incorporadas por el endosante* (cláusulas "no a la orden" o similares) tendrán siempre una lectura unívoca de limitación de su responsabilidad.

PARÁGRAFO 3°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

Art. 1847 Régimen. Es título nominativo endosable el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

El endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos está legitimado para solicitar la inscripción de su título.

Si el emisor del título se niega a inscribir la transmisión, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente.

D) Resumen

La norma se refiere a una categoría especial de títulos a la orden, cuya ley de circulación agrega al endoso y tradición, la inscripción en el registro del emisor a efectos de hacer oponible la transferencia a éste, y frente a terceros.

II) Concordancias

Certificados de participación y títulos representativos de deuda de fideicomisos financieros nominativos endosables (art. 1693); normas aplicables a los títulos valores nominativos endosables (art. 1848); títulos nominativos no endosables (art. 1849). Ley 19.550, acciones nominativas y registro (art. 215). Ley 23.576, obligaciones negociables nominativas y registro (arts. 8° y 32). Ley 24.587, nominatividad obligatoria de títulos valores en serie privados (art. 1°).

¹⁰²¹ Ver las dos notas precedentes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los títulos valores nominativos*

La especie de título valor cartular contemplada por los artículos 1847 y 1848 presenta notables diferencias con los títulos valores a la orden que la preceden —más allá de la remisión del artículo 1848 del Código—, y puntos de contacto con los previstos en el artículo 1849.

En la práctica, los títulos valores a la orden endosables se crean de manera individual, y se utilizan en el marco de transacciones comerciales y financieras, particularmente en operaciones entre comerciantes. Pero los títulos valores nominativos se emiten en masa o serie, y típicamente responden a operaciones de financiamiento empresarial, con la posibilidad de incursión en el régimen de oferta pública.

Por otro lado, en las clasificaciones de la doctrina considerando la ley de circulación del título valor, los títulos nominativos endosables y los no endosables forman parte de la categoría de títulos valores nominativos.

La nota central de los títulos valores nominativos es la presencia de un supuesto de hecho complejo que constituye la legitimación del portador, no limitado a la literalidad del título valor, sino necesitado de un registro consistente en el emisor (deudor)¹⁰²².

La exigencia de esa inscripción ha generado controversias en la doctrina, acerca de la adecuación para estos casos de la calificación de título valor¹⁰²³. En la estructura del Código, para el cual la autonomía es la nota esencial de la categoría jurídica¹⁰²⁴, el debate no tiene cabida¹⁰²⁵.

¹⁰²² MARTORANO, *Titoli...* cit., p. 147.

¹⁰²³ Ver referencias en WILLIAMS, *Titulos...* cit., ps. 394 y ss.; ARAYA, Celestino, *Titulos circulatorios*, Astrea, Buenos Aires, ps. 143 y ss.; SASOT BETES, Miguel y SASOT, Miguel, *Acciones, bonos, débentures y obligaciones negociables*, Ábaco, Buenos Aires, 1985, ps. 62 y 63.

¹⁰²⁴ *Supra*, art. 1816 y su comentario.

¹⁰²⁵ Y en nuestra opinión, aun sin el Código la calificación jurídica de título valor resultaba clara conforme el texto del art. 226 de la ley 19.550, referida a las acciones de la sociedad anónima: "Las normas sobre títulos valores se aplican en

III.2) *Los títulos nominativos endosables y su utilización*

Al igual que ha ocurrido respecto de los títulos valores al portador¹⁰²⁶, la utilización de títulos valores nominativos endosables ha virtualmente desaparecido por la vigencia de leyes que establecen como únicas alternativas válidas la emisión de títulos valores nominativos no endosables o escriturales¹⁰²⁷.

Esas normas operan en el ámbito de los títulos valores en serie, que como lo referimos en la sección previa, es el natural para la especie nominativa endosable. Con las restricciones actuales —que difícilmente se modifiquen en el futuro—, la posibilidad de emisión de títulos valores nominativos endosables en la Argentina queda reducida a la hipótesis casi de escuela de títulos valores atípicos individuales (art. 1820 del Código).

III.3) *Ley de circulación de los títulos valores nominativos endosables. Necesidad del registro*

La legitimación del portador del título valor nominativo endosable requiere la posesión del documento (lo que es un elemento común a todos los títulos valores cartulares, y consecuencia de la regla legal de necesidad: art. 1830 del Código), la serie regular o ininterrumpida de endosos y la concordancia entre la identificación cartular del portador y el registro del emisor.

La última apuntada es la nota particular para los títulos valores nominativos, que la norma en comentario plasma con la frase “cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro”.

En ausencia de esa inscripción, el portador del título valor carece de legitimación para el ejercicio del derecho incorporado, aunque la doctrina no es pacífica acerca de la posibilidad de considerar que la

cuanto no son modificadas por esta ley”. Para una opinión contraria, ROMERO, José Ignacio, *Acciones, naturaleza y recursos*, en L. L. C. 2002-697.

¹⁰²⁶ Ver comentario al art. 1837.

¹⁰²⁷ Art. 1º, ley 24.587: “Los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables. También podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de la Ley de Sociedades Comerciales Nº 19.550 y sus modificaciones”.

transferencia de la propiedad del título valor se opere igualmente en defecto de la inscripción o registro¹⁰²⁸.

Lo que no ofrece discusión es que la oponibilidad de la transferencia (para el emisor y terceros) requiere la inscripción en el registro.

Aunque la norma no hace mención expresa del tema, también la constitución de derechos reales requiere para su eficacia la inscripción¹⁰²⁹.

III.4) *Negativa o reticencia del emisor a efectuar el registro*

El portador del título valor, si bien no es un legitimado en el sentido de que este término se utiliza en la teoría general de los títulos valores¹⁰³⁰, tiene derecho a reclamar que —en presencia de una serie ininterrumpida de endosos— se registre la transferencia efectuada a su favor¹⁰³¹.

La reticencia del emisor conforma la expresa previsión del párrafo final del artículo 1847, que autoriza el recurso a la acción judicial.

IV) *Significado de la reforma*

Aunque los títulos valores nominativos endosables tengan por imperio del régimen de nominatividad obligatoria un ámbito de aplicación prácticamente nulo, el método del Código al contemplar en su estructura las variantes de la ley de circulación quedaría incompleto sin una referencia a esta especie.

La regulación es breve, e integrada por la remisión del artículo 1848 del Código. Aun en ese marco, la referencia expresa a la posibilidad

¹⁰²⁸ Ver WILLIAMS, *Títulos...* cit., ps. 412 y 413; SASOT BETES y SASOT, *Acciones...* cit., ps. 70 y 71. No resulta necesario a los efectos de este comentario un análisis detenido del tema, sin perjuicio de señalar nuestra opinión de que entre las partes, la transmisión se perfecciona con el endoso del título valor y la entrega del cartular.

¹⁰²⁹ Por analogía, art. 215, ley 19.550 y art. 2º, ley 24.587. Respecto de las medidas precautorias ver comentario al art. 1822.

¹⁰³⁰ Ver más arriba comentario a los arts. 1817, 1819 y 1842.

¹⁰³¹ Situación que, para diferenciarla de la legitimación, se la ha denominado “prelegitimación” (MARTORANO, *Titoli...* cit., p. 148).

del portador de reclamar judicialmente la inscripción de la transmisión ante la reticencia del emisor se destaca como herramienta de solución y prevención de controversias.

Art. 1848 Reglas aplicables. Son aplicables a los títulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden.

D) Resumen

La norma determina por remisión a la normativa de los títulos valores a la orden (sujeta a análisis de compatibilidad) la disciplina de los títulos valores nominativos endosables.

II) Concordancias

Certificados de participación y títulos representativos de deuda de fideicomisos financieros nominativos endosables (art. 1693); títulos valores nominativos endosables (art. 1847). Ley 19.550, acciones nominativas endosables (art. 215). Ley 23.576, obligaciones negociables nominativas endosables (art. 8°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Títulos valores nominativos endosables y títulos valores a la orden: sentido de la remisión del Código*

Aunque las especies de títulos valores mencionadas en el título de esta sección presentan importantes diferencias en cuanto a la legitimación (ley de circulación), ambas comparten la nota de identificación nominal del portador y circulación vía endoso.

Esa circunstancia explica el reenvío del Código a los artículos 1838 y siguientes, sin que quepa una equiparación absoluta entre los títulos valores a la orden y los nominativos endosables.

De allí la limitación de la remisión al juicio de compatibilidad del intérprete, tarea que efectuamos en la sección siguiente.

III.2) *Títulos valores nominativos endosables y títulos valores a la orden: alcance de la remisión del Código*

A los efectos del artículo 1848, consideramos compatibles las siguientes disposiciones de los títulos valores a la orden:

- a) Artículo 1838: cláusula "no a la orden", pero no la posibilidad de endoso del título valor sin la referencia cartular a esa vía de circulación (cláusula a la orden necesaria para el endoso).
- b) Artículo 1839: literalidad del endoso y posibilidad de endoso en blanco o al portador.
- c) Artículo 1840: condición y endoso parcial.
- d) Artículo 1841: endoso tardío (para aquellos títulos valores nominativos endosables con vencimiento).
- e) Artículo 1843: endoso en blanco.
- f) Artículos 1844 y 1845: endoso en procuración y en garantía (pero la inscripción en el registro es condición de eficacia del endoso en prenda).

No se aplican, por las particularidades de los títulos valores nominativos endosables, el artículo 1842 (legitimación)¹⁰³² y tampoco el artículo 1846 (responsabilidad del endosante por el pago)¹⁰³³.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1847, apartado IV.

PARÁGRAFO 4°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

Art. 1849 Régimen. Es título valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

¹⁰³² *Supra*, comentario al art. 1847, y la explicación de las particularidades de la legitimación para los títulos valores nominativos endosables.

¹⁰³³ Para este supuesto, cobra vigencia la regla general del art. 1826.

I) Resumen

La norma se refiere a los títulos nominativos no endosables, los que requieren un acto jurídico de transmisión ajeno al endoso o simple tradición del cartular. Al igual que en los títulos valores nominativos endosables, la oponibilidad de la transmisión se sujeta al registro.

II) Concordancias

Certificados de participación y títulos representativos de deuda de fideicomisos financieros nominativos no endosables (art. 1693); títulos valores nominativos endosables (art. 1847). Ley 19.550, acciones nominativas no endosables (art. 215). Ley 23.576, obligaciones negociables nominativas no endosables (art. 8°). Ley 24.587, nominatividad obligatoria de títulos valores en serie privados (art. 1°).

III) Interpretación de la norma**III.1) Los títulos valores nominativos no endosables**

A simple vista, el artículo 1849 podría tacharse de parco, en cuanto se limita a señalar que el título valor nominativo no endosable se emite a nombre de persona determinada, requiriendo su transmisión el registro correspondiente.

En realidad, la norma contiene los elementos necesarios para identificar a la especie, y por exclusión la referencia a “no endosable” permite su distinción con la categoría objeto del artículo 1847 (los títulos nominativos no endosables son una modalidad de título valor nominativo).

III.2) Transmisión del título valor nominativo no endosable. Ausencia de registro

Por definición, los títulos valores en examen no pueden ser endosables, lo que plantea el interrogante acerca de qué mecanismo jurídico es apto para que una transmisión sea considerada realizada conforme la ley de circulación del título valor, con las consecuencias que ello implica respecto de la posición del adquirente (autonomía en el plano obligatorio y real: arts. 1816 y 1819 del Código).

La ausencia de endoso o simple tradición hace que la transmisión

típica del título valor nominativo no endosable tenga como antecedente a la entrega del cartular a cualquier acto jurídico con virtualidad para causar la transferencia¹⁰³⁴, en tanto de ese acto de transmisión no pueda inferirse la voluntad de las partes de excluir la aplicación del régimen particular de los títulos valores¹⁰³⁵.

Claro que ese acto jurídico y la entrega del título valor nominativo no endosable requieren –al igual que ocurre con los títulos valores nominativos endosables– la inscripción de la transferencia en el registro correspondiente.

La norma del Código que comentamos, de carácter general, no determina más que lo señalado, por lo que habrá de estarse a las condiciones de emisión del título valor, o en su defecto a lo dispuesto por las normas reglamentarias en materia de títulos valores¹⁰³⁶.

La ausencia de registro, también de modo análogo a lo que ocurre con los títulos valores nominativos endosables, importa la ausencia de legitimación del portador¹⁰³⁷, sin perjuicio de su derecho a requerir judicialmente la inscripción (arg. art. 1847 del Código)¹⁰³⁸.

¹⁰³⁴ El caso más frecuente, para las acciones nominativas no endosables, es la compraventa.

¹⁰³⁵ Es el caso, por ejemplo, del recurso a la cesión de derechos como acto de transmisión y sujeción voluntaria a las reglas generales (art. 399 del Código).

¹⁰³⁶ Así, se ha resuelto que la transmisión de acciones nominativas no endosables requiere de ciertos pasos: a) un negocio jurídico que dé causa al traspaso; b) la entrega del título; c) la notificación de la transmisión a la sociedad mediante declaración escrita firmada por enajenante y adquirente; d) la inscripción de la transferencia en el libro de registro de acciones, y e) la constancia de la inscripción en el reverso del título (CNCom., sala D, 4-5-2009, “Lu Yuan Tson c/Italia Bella SA”, www.pjn.gov.ar).

¹⁰³⁷ *Supra*, comentario al art. 1847, III.3. Para la conclusión del texto en materia de acciones nominativas no endosables: CNCom., sala A, 14-4-2011, “F. de V., A. c/V. SACIEP”, L. L. Online. También en ese ámbito se ha señalado que la transmisión de las acciones, los efectos derivados de la compraventa de acciones frente a la sociedad y los terceros operan desde su inscripción en el libro respectivo. Pero mientras no se haya notificado a la sociedad y no se hubiere inscripto la modificación en el registro pertinente, la transferencia de dominio quedará en el ámbito privado entre el transmitente y el adquirente, sin que el nuevo titular pueda ejercer frente a la sociedad o frente a terceros los derechos derivados del estado de socio (CNCom., sala D, 28-6-2011, “Siganovich, Mariano c/Tutelar Bursátil Sociedad de Bolsa SA”, L. L. Online).

¹⁰³⁸ En este sentido, para las acciones de una sociedad anónima, CNCom., sala D, 21-8-2008, “Sherlond Group SA c/Zudel SCA”, www.pjn.gov.ar.

IV) Significado de la reforma

En ausencia del recurso a las variantes de desmaterialización, los títulos valores en serie (acciones, obligaciones negociables, etc.) deben respetar las reglas de nominatividad obligatoria vigentes, lo que significa adoptar el carácter de nominativos no endosables¹⁰³⁹.

La norma del Código presenta con simplicidad el núcleo de esta especie, cuya regulación ha de ser siempre complementada con las normas de nominatividad obligatoria (ley 24.587 y su reglamentación), y las pertinentes del régimen de oferta pública (ley 26.831 y su reglamentación por la Comisión Nacional de Valores).

SECCIÓN 3ª

TÍTULOS VALORES NO CARTULARES

Art. 1850 Régimen. Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820.

La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros.

A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor así creado debe estar al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública es suficiente su inscripción

¹⁰³⁹ En el caso de emisiones bajo el régimen de oferta pública, es posible además el uso de certificados globales: art. 131, ley 26.831. Ver *infra*, comentario al art. 1850, III.4.

ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados en los que se negocia.

Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819.

D) Resumen

La norma establece el régimen jurídico básico para los títulos valores no cartulares ("desmaterializados" o "desincorporados"), a los que se asigna —para la protección del adquirente— un esquema de tutela de la adquisición común con los títulos valores cartulares.

Se prevé que el carácter no cartular alcance a títulos valores atípicos, y la determinación de que los derechos emergentes del título valor se integren con el contenido de su acto de creación.

También para estos títulos valores el registro es condición necesaria para la legitimación del adquirente.

II) Concordancias

Certificados de participación y títulos representativos de deuda escriturales en fideicomisos financieros (art. 1693); autonomía (art. 1816); titularidad y adquisición *a non domino* (art. 1819); títulos valores atípicos (art. 1820); medidas precautorias (art. 1822); desmaterialización en los títulos valores individuales (art. 1836); registro en los títulos valores nominativos (arts. 1847 y 1849); comprobantes de saldo (art. 1851). Ley 19.550, acciones escriturales (art. 208) y registro de las acciones escriturales (art. 215). Ley 23.576, obligaciones negociables escriturales (art. 31) y registro de las obligaciones negociables escriturales (art. 32). Ley 24.587, nominatividad obligatoria de títulos valores en serie privados (art. 1º). Ley 26.831, valores anotados en cuenta o escriturales y certificados globales en el régimen de oferta pública (arts. 129 a 131).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Desincorporación o desmaterialización de los títulos valores*

Conocido es el fenómeno de supresión del soporte papel —como

paradigma de la materialidad— en las transacciones comerciales modernas, reflejo de una tendencia general a la digitalización de la vida contemporánea.

El tema, aunque tradicionalmente asociado al fenómeno informático, no se detiene ni circunscribe a éste, y en materia de títulos valores tiene una explicación económica clara y antecede a la que puede calificarse como “revolución informática” de los últimos años.

En este contexto, la utilización de elementos materiales (cartulares) para acreditar la titularidad de activos financieros (primariamente, títulos valores en el ámbito del mercado de capitales o de valores) resulta un sistema ineficiente, inseguro desde una perspectiva jurídica y costoso en términos económicos, atento a la utilización innecesaria de recursos humanos y materiales.

De allí que la desmaterialización sea hoy una de las características de los mercados financieros en general y de los mercados de valores en particular.

Cuanto mayor sea la velocidad de giro, de transmutación, mayor imperiosidad tiene la inversión de flexibilizarse instrumentalmente, de “desdocumentarizarse”. El intercambio físico de títulos, de papeles impresos, va desapareciendo, siendo reemplazado por referencias técnicas y anotaciones en cuenta.

Casi sin excepciones, se coincide en que el fenómeno técnico de la desmaterialización no altera sustancialmente la definición de la categoría jurídica, no pudiendo elevarse la idea de incorporación del derecho al documento a un elemento esencial, sino puramente instrumental.

La noción de incorporación¹⁰⁴⁰ toma un matiz diferente, desprendida de su relación con el título que la acompañó desde la génesis de la teoría general de los títulos valores, diluyéndose en el contenido del acto de creación.

Es en esa línea que el artículo 1850 se refiere a que la prestación “no se incorpore a un documento”, pero siempre manteniendo a la autonomía como nota tipificante de la categoría jurídica¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰ *Supra*, comentario al art. 1815, III.3.

¹⁰⁴¹ *Supra*, comentario al art. 1816 e *infra*, III.4 de este artículo.

III.2) *Origen legal o convencional de la desincorporación o desmaterialización*

El Código ha dejado bien en claro en materia de títulos valores que la menor relevancia de la noción física tradicional de documento “papel” no puede ignorarse.

Nos hemos ya referido al artículo 1836 y la admisión de la desmaterialización aun para títulos valores normativamente concebidos como cartulares. Y el artículo 1850 transita la misma senda: la génesis de la prestación desincorporada puede ser legal¹⁰⁴², o convencional (títulos valores atípicos o innominados)¹⁰⁴³.

En todos los supuestos, la función de la literalidad en los títulos valores cartulares se traslada al instrumento de creación, que determina el contenido y modalidades del derecho¹⁰⁴⁴.

III.3) *El registro de las transmisiones sucesivas o afectación de los derechos conferidos por el título valor*

La ausencia del modo tradicional de representación del derecho obliga en este supuesto a establecer una ley de circulación totalmente prescindente de la posesión de un documento, por hipótesis inexistente.

Para ello, de modo análogo a lo que ocurre respecto de los títulos nominativos, se recurre al registro, en el que deben realizarse los asientos necesarios para reflejar la transferencia —y cualquier vicisitud o afectación del derecho—, como condición de su oponibilidad a terceros.

También, similar a lo dicho respecto de los títulos nominativos, la falta de registro importa la ausencia de legitimación del portador¹⁰⁴⁵,

¹⁰⁴² Así, las diversas leyes especiales mencionadas en las *concordancias* que admiten la desmaterialización para las acciones de sociedades anónimas, obligaciones negociables, y el propio Código para los fideicomisos financieros.

¹⁰⁴³ En este caso, con cumplimiento de lo previsto por el art. 1820, anteriormente analizado.

¹⁰⁴⁴ El instrumento de creación, en ausencia de soluciones diferentes en las leyes especiales (arg. art. 1834 del Código), ha de tener fecha cierta, aunque bastará su registro en la Comisión Nacional de Valores o mercados donde se negocien los títulos valores incorporados al régimen de oferta pública.

¹⁰⁴⁵ *Supra*, comentario a los arts. 1847, III.3, y 1849, III.2.

sin perjuicio de su derecho a requerir judicialmente la inscripción (arg. art. 1847 del Código)¹⁰⁴⁶.

La norma es flexible respecto de la administración del registro, que puede ser llevado directamente por el emisor, o delegada su gestión en una entidad financiera, caja de valores o escribano de registro.

III.4) *La tutela en el plano real y obligatorio en el artículo 1850*

Si la doctrina ha objetado en ocasiones el carácter de título valor en sus variantes nominativas¹⁰⁴⁷ (pero cartulares, y así pasibles de los atributos de necesidad y literalidad) (arts. 1830 y 1831 del Código), la postura negatoria toma nuevos bríos ante el fenómeno de la desincorporación.

En el derecho comparado, la discusión se ha presentado respecto del régimen de anotaciones en cuenta —análogo al de títulos valores escriturales en nuestro ámbito¹⁰⁴⁸—.

Aun con las particularidades que para la disciplina jurídica de los títulos valores implica la ausencia del elemento material típico y la consecuente imposibilidad de referencia a la noción de portador legítimo¹⁰⁴⁹, la posición del Código es muy clara: la desmaterialización o desincorporación no implica una *capitis diminutio* para el adquirente.

Esa afirmación se plasma con sencillez de lenguaje en el último párrafo de la norma que comentamos: “Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819”.

De ese modo, se indica que la autonomía en el plano obligatorio (inoponibilidad de excepciones personales)¹⁰⁵⁰ y en el real (posibilidad de adquisición *a non domino*)¹⁰⁵¹ —en ambos casos, un apartamiento de la regla general del artículo 399 del Código— aplican a los títulos valores desmaterializados.

¹⁰⁴⁶ En este sentido, para las acciones de una sociedad anónima, CNCom., sala D, 21-8-2008, “Sherlond Group SA c/Zudel SCA”, www.pjn.gov.ar.

¹⁰⁴⁷ *Supra*, comentario al art. 1847, III.

¹⁰⁴⁸ Ver ley 19.550, arts. 208 y 215; ley 23.576, art. 31, y ley 24.587, art. 1°.

¹⁰⁴⁹ La que es una de las manifestaciones más relevantes de la posesión y su función de publicidad en el ámbito de los títulos valores.

¹⁰⁵⁰ Ver art. 1816 y su comentario.

¹⁰⁵¹ Ver art. 1819 y su comentario.

IV) Significado de la reforma

La tendencia a prescindir del soporte material tradicional (el “título” o papel) es clara en la reglamentación del Código sobre títulos valores, desde la definición de la categoría centrada en la autonomía (art. 1815), pasando por la posibilidad de desmaterialización de títulos valores individuales (art. 1836), y culminando con los artículos 1850 y 1851.

De la norma en análisis se destaca por su importancia la clara aceptación del carácter de título valor de la especie no cartular, al reconocerse expresamente la tutela del adquirente en los términos de los artículos 1816 y 1819.

Art. 1851 *Comprobantes de saldos.* La entidad que lleve el registro debe expedir comprobantes de saldos de cuentas, a efectos de:

- a) legitimar al titular para reclamar judicialmente, incluso mediante acción ejecutiva si corresponde, o ante jurisdicción arbitral en su caso, presentar solicitudes de verificación de crédito o participar en procesos universales para lo que es suficiente título dicho comprobante, sin necesidad de autenticación u otro requisito. Su expedición importa el bloqueo de la cuenta respectiva, sólo para inscribir actos de disposición por su titular, por un plazo de treinta días, excepto que el titular devuelva el comprobante o dentro de dicho plazo se reciba una orden de prórroga del bloqueo del juez o tribunal arbitral ante el cual el comprobante se hizo valer. Los comprobantes deben mencionar estas circunstancias;
- b) asistir a asambleas u otros actos vinculados al régimen de los títulos valores. La expedición de comprobantes del saldo de cuenta para la asistencia a asambleas o el ejercicio de derechos de voto importa el bloqueo de la cuenta respectiva hasta el día siguiente al fijado para la celebración de la asamblea correspondiente. Si la asamblea pasa a cuarto intermedio o se reúne en otra oportunidad, se requiere la expedición de nuevos comprobantes pero éstos sólo pueden expedirse a nombre de las mismas personas que fueron legitimadas mediante la expedición de los comprobantes originales;
- c) los fines que estime necesario el titular a su pedido.

En los casos de los incisos a) y b) no puede extenderse un comprobante mientras está vigente otro expedido para la misma finalidad.

Se pueden expedir comprobantes de los títulos valores representados en certificados globales a favor de las personas que tengan una participación en los mismos, a los efectos y con el alcance indicados en el inciso a). El bloqueo de la cuenta sólo afecta a los títulos valores a los que refiere el comprobante. Los comprobantes son emitidos por la entidad del país o del exterior que administre el sistema de depósito colectivo en el cual se encuentran inscriptos los certificados globales. Cuando entidades administradoras de sistemas de depósito colectivo tienen participaciones en certificados globales inscriptos en sistemas de depósito colectivo administrados por otra entidad, los comprobantes pueden ser emitidos directamente por las primeras. En todos los casos, los gastos son a cargo del solicitante.

I) Resumen

La norma en análisis soluciona la cuestión práctica que se sigue de la desmaterialización o desincorporación del título valor. Sin la función de legitimación que se sigue de la relación posesoria con el título valor cartular, es menester generar un documento que permita de manera sencilla un resultado análogo: los –genéricamente– “comprobantes de saldos” que puede requerir la persona registrada conforme a lo previsto por el artículo 1850 del Código.

II) Concordancias

Certificados de participación y títulos representativos de deuda escriturales en fideicomisos financieros (art. 1693); registro en los títulos valores nominativos (arts. 1847 y 1849); títulos valores no cartulares (art. 1850). Ley 19.550, constancia de saldo de acciones escriturales (art. 238) y registro de las acciones escriturales (art. 215). Ley 23.576, obligaciones negociables escriturales y constancia de saldo en las obligaciones negociables escriturales (art. 31). Ley 26.831, comprobantes de saldo para títulos valores escriturales y certificados globales en el régimen de oferta pública (arts. 129 y 131).

III) Interpretación de la norma

III.1) Ejercicio de derechos en los títulos valores no cartulares

En los títulos valores cartulares el carácter de portador legítimo¹⁰⁵² está ineludiblemente asociado a la posesión del documento, que como relación material es fácilmente apreciable por terceros.

Esa circunstancia, por hipótesis, no se presenta en los títulos valores no cartulares, en los que ha de buscarse un sustituto que desempeñe –de una manera sencilla y apreciable a simple vista– una función similar.

Ese objetivo se logra mediante la reglamentación legal de los comprobantes de saldo del artículo 1851 del Código¹⁰⁵³.

III.2) Obligación de expedición de los comprobantes de saldo

La expedición del comprobante de saldo es una obligación del sujeto que lleve el registro (sea el emisor o creador del título valor o un tercero), a requerimiento del legitimado (sujeto inscripto en el registro).

La reticencia del responsable de registro constituye una conducta antijurídica, que habilita a nuestro juicio el requerimiento ante la autoridad judicial (arg. art. 1847 del Código), sin perjuicio de la acción de reparación civil y la imposición de sanciones administrativas en el ámbito de la oferta pública¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵² *Supra*, comentario a los arts. 1817, 1819 y 1842.

¹⁰⁵³ La importancia práctica de lo que a primera vista podría juzgarse como un problema teórico comenzó a visualizarse en nuestro país con los primeros incumplimientos en materia de obligaciones negociables hacia fines de la década de 1990, los que se generalizarían a partir de 2002. En 2001, el art. 4° del decreto 677/2001 incorporó un texto muy similar al que comentamos, dando respuesta a esa necesidad que los tribunales habían ya intentado solucionar (ver referencias en PAOLANTONIO, *Obligaciones...* cit., ps. 150 y ss.), el que es hoy mantenido por el art. 129 de la ley 26.831.

¹⁰⁵⁴ Ver CNCom., sala B, 8-11-2002, “Comisión Nacional de Valores c/Sociedad Comercial del Plata SA”, L. L. 2003-D-53, donde se consideró procedente la multa impuesta ante la negativa a extender un certificado individual para poder ejercitar sus derechos mediante una acción judicial, pues tal conducta es contraria al deber de buena fe y a las normas que regulan la actividad, las cuales permiten la expedición de comprobantes de los valores representados en certificados globales a los efectos de legitimar a su titular para reclamar judicialmente.

III.3) Variantes de los comprobantes de saldo

La utilidad potencial del comprobante de saldo está sólo limitada por el contenido del derecho del legitimado o titular del título valor. De allí la previsión del apartado c, de la norma en análisis, que permite requerir el certificado (cuyo costo carga siempre el solicitante) sin necesidad de una justificación particular.

Pero la importancia de algunos supuestos específicos de ejercicio de derechos hace necesaria una mayor precisión normativa, tarea que cumplen los dos primeros incisos de la norma.

El inciso a, a los supuestos de incumplimiento de obligaciones del emisor del título valor, y se prevé la entrega del comprobante de saldo para:

- a) Reclamo judicial (o ante el tribunal arbitral), aun en vía ejecutiva, o ejercicio de derechos en procesos colectivos (incluyendo la solicitud de verificación del crédito)¹⁰⁵⁵: en este supuesto, la emisión del comprobante importa una restricción por 30 días al registro de la transferencia del título valor si no se devuelve el comprobante (el denominado bloqueo, que puede extenderse luego de ese plazo por orden judicial o del tribunal arbitral). No puede emitirse un nuevo comprobante sin la devolución o anulación del existente.
- b) Ejercicio de derechos de voto u otros no comprendidos en el caso previo: aquí la emisión del comprobante bloquea la cuenta hasta el día siguiente al correspondiente a la asamblea o acto análogo. Y para el caso de cuarto intermedio o postergación de la asamblea, se debe emitir un nuevo comprobante, a favor de la misma persona. Tampoco aquí puede expedirse un nuevo comprobante en vigencia de otro previamente emitido.

III.4) Los certificados globales

La desmaterialización o desincorporación admite dos modalidades diferentes: una prescindencia total del soporte material tradicional para la creación y transmisión del título valor (el caso de los títulos valores

¹⁰⁵⁵ Los aspectos procesales que corresponden al juicio ejecutivo los hemos analizado, con respecto al texto análogo del art. 4° del decreto 677/2001 (hoy equivalente al art. 129 de la ley 26.831), en PAOLANTONIO, *Obligaciones...* cit., ps. 155 y ss.

escriturales), o una desvinculación limitada a los actos posteriores a la creación del título valor, que inicialmente cuenta con un documento que presenta las notas propias de un título valor cartular (los certificados globales).

El Código, en su definición de método, trata a esta última variante como una especie de título valor no cartular, en tanto la circulación del derecho toma las características de esa categoría.

Y en esa línea, el párrafo final del artículo 1851 –también siguiendo la redacción del artículo 4° del decreto 677/2001, mantenida por el artículo 131 de la ley 26.831– prevé la emisión de comprobantes de saldo, con variantes que toman en cuenta la frecuente utilización de certificados globales en operaciones financieras internacionales¹⁰⁵⁶.

IV) Significado de la reforma

El reconocimiento del carácter de título valor que efectúa la norma precedente requiere un complemento relacionado con la facilitación de la legitimación del acreedor ante la ausencia del soporte papel tradicional.

¹⁰⁵⁶ El recurso a los certificados globales ha sido el modo típico de emisión en las obligaciones negociables de empresas argentinas con colocación internacional. Los supuestos mencionados en la norma sobre los sujetos habilitados para expedir el comprobante de saldo pueden resultar complejos para el abogado que no conoce el funcionamiento coordinado de los entes de depósito colectivo. Por ello incorporamos aquí una explicación adicional en vía de ejemplo. Los certificados globales de colocaciones internacionales de empresas argentinas (típicamente obligaciones negociables) se incorporan a los regímenes de depósito colectivo internacionales. La primera alternativa para el titular de obligaciones negociables es que el ente de depósito colectivo extranjero genere el comprobante a nombre del participante de ese sistema (el *broker* o intermediario extranjero), con la constancia de que el *broker* o intermediario tiene a “X” registrado como titular final de la participación en el certificado global. Esta alternativa es perfectamente lícita, y sólo plantea la necesidad de su traducción y apostillado o legalización a efectos de su presentación ante la justicia. La segunda es un ente de depósito colectivo que tiene una cuenta o subcuenta en otro ente de depósito colectivo como emisor o generador del certificado. Así, Caja de Valores SA podrá emitir el certificado previsto, ya que tiene cuentas abiertas en los entes de depósito colectivo extranjeros, reflejando en este caso la participación del titular de obligaciones negociables como comitente de un depositante autorizado bajo el régimen de la ley 20.643. Esta alternativa es la más sencilla, y no requiere traducción ni trámite posterior alguno a la generación del certificado, y ha sido la normalmente utilizada luego del masivo *default* de deuda corporativa en 2002, sin cuestionamientos por la jurisprudencia. Ver PAOLANTONIO, *Obligaciones...* cit., ps. 152 y ss.

Esa tarea es cumplida por el artículo en análisis, que mantiene la solución análoga de normas particulares (ver concordancias), pero transformada en una regla general para los títulos valores "desmaterializados" o "desincorporados".

SECCIÓN 4ª

DETERIORO, SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA Y DESTRUCCIÓN DE TÍTULOS VALORES O DE SUS REGISTROS

PARÁGRAFO 1º

NORMAS COMUNES PARA TÍTULOS VALORES

Art. 1852 *Ámbito de aplicación. Jurisdicción.* Las disposiciones de esta Sección se aplican en caso de sustracción, pérdida o destrucción de títulos valores incorporados a documentos representativos, en tanto no existan normas especiales para tipos determinados de ellos. El procedimiento se lleva a cabo en jurisdicción del domicilio del creador, en los títulos valores en serie; o en la del lugar de pago, en los títulos valores individuales. Los gastos son a cargo del solicitante.

La cancelación del título valor no perjudica los derechos de quien no formula oposición respecto de quien obtiene la cancelación.

En los supuestos en que la sentencia que ordena la cancelación queda firme, el juez puede exigir que el solicitante preste caución en resguardo de los derechos del adquirente del título valor cancelado, por un plazo no superior a dos años.

I) Resumen

El artículo 1852 establece diversas reglas generales aplicables a los supuestos de sustracción, pérdida o destrucción de títulos valores incorporados a documentos representativos (títulos valores cartulares).

La primera, de carácter procesal, determina la competencia territorial para el procedimiento: domicilio del creador en los títulos valores en serie, o lugar de pago para los títulos valores individuales.

La segunda, de carácter sustantivo: la cancelación obtenida no puede

perjudicar los derechos del titular, aunque no se hubiera presentado a derecho, para lo cual el juez puede exigir que el solicitante de la cancelación preste caución en resguardo de los derechos del adquirente del título valor, por un plazo no superior a dos años.

La última, también procesal: los gastos del procedimiento corresponden a quien insta el procedimiento.

Se trata de normas comunes a los títulos valores cartulares, complementadas por las reglas particulares que se establecen en los artículos 1855 y siguientes para los títulos valores en serie, y en los artículos 1871 y siguientes para los títulos valores individuales.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); autonomía (art. 1816); titularidad y adquisición *a non domino* (art. 1819); excepciones oponibles (art. 1821); sustitución por deterioro (art. 1853). Decreto-ley 5965/63, cancelación en la letra de cambio y pagaré (arts. 89 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) Método del Código

Los artículos 1852 a 1881 se refieren a supuestos relacionados con deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros.

La diversidad de cuestiones que involucra la temática abordada, y la presencia de normas con contenido similar en algunas cuestiones, requiere para su mejor comprensión la exposición del método seguido por el Código en las normas en análisis.

Se distingue entonces:

- a) La existencia de previsiones de carácter general aplicables a todos los títulos valores cartulares (arts. 1852 a 1854).
- b) Normas particulares aplicables a los títulos valores en serie (arts. 1855 a 1870).
- c) Reglas propias para los títulos valores individuales (arts. 1871 a 1875).

- d) Disposiciones específicas para la ausencia del libro de registro (arts. 1876 a 1881).

Aunque el análisis exegético de la obra supone el comentario individual de las normas involucradas, a riesgo de fragmentar la comprensión del tema, se recomienda al lector una lectura conjunta de las disposiciones aplicables según su interés. Ello, considerando que cada sección específica desarrolla en diferentes artículos etapas de un proceso único: la cancelación del título o valor o el reemplazo del libro de registro.

III.2) Contenido de la norma

La norma en análisis y las que siguen reflejan la composición de intereses que determina el legislador para los supuestos de desposesión involuntaria del título valor.

La regla legal se refiere a la sustracción, pérdida o destrucción del cartular. En todos esos supuestos, se quiebra la noción vertebral del portador legítimo (concepto que por definición exige la posesión del documento), lo que hace —al menos temporalmente— imposible el ejercicio del derecho incorporado¹⁰⁵⁷.

El remedio legal típico para reconstituir la legitimación del portador desposeído es el procedimiento de cancelación, en virtud del cual la resolución judicial favorable al solicitante le permitirá el ejercicio del derecho incorporado, reemplazando a ese efecto al título valor.

Pero los problemas que plantea la desposesión involuntaria no se agotan en la perspectiva del portador legítimo. Tanto en el caso de sustracción como en el de pérdida, el título valor puede haber circulado con posterioridad, y en ese supuesto podrá existir un tercero de buena fe cuya posición jurídica es tutelada por el ordenamiento jurídico al reconocerse la posibilidad de adquisición *a non domino*¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ Ver comentario a los arts. 1815 (incorporación) y 1830 (principio de necesidad, en el marco de los títulos valores cartulares).

¹⁰⁵⁸ Ver comentario al art. 1819. Huelga señalar que ninguna otra solución sería posible sin transformar a la desposesión involuntaria como una defensa oponible *erga omnes*, poniendo en ese caso el riesgo en cabeza del adquirente en abierta contradicción con las finalidades de la disciplina jurídica de los títulos valores, claramente ajena a esa posibilidad. Ver, para las excepciones oponibles, el comentario al art. 1821.

De allí se siguen dos consecuencias fundamentales:

- a) Si el tercer adquirente se opone a la cancelación, su pretensión (mejor derecho) será reconocida judicialmente¹⁰⁵⁹.
- b) Aun cuando el tercer adquirente no cuestionare la oposición, siempre podrá obtener compensación económica del solicitante de la cancelación.

Esta última solución corresponde a la previsión del artículo 1852, en cuanto a que “La cancelación del título valor no perjudica los derechos de quien no formula oposición respecto de quien obtiene la cancelación”.

La solución indicada, que da un alcance general a la regla específica del artículo 93 del decreto-ley 5965/63, corresponde al portador del título valor, privado de legitimación en virtud de su falta de oposición al auto de cancelación.

Sobre el punto, se ha explicado con claridad que el pago efectuado por el deudor al cancelante, cuando existe una razón de preferencia para el tercero portador del cartular, se configura en el plano sustancial como una hipótesis de *indebito ex persona creditoris*. Aun cuando útilmente efectuado por el deudor sobre la base de la legitimación reconstituida por la sentencia de cancelación, para el *accipiens* constituye un pago indebido¹⁰⁶⁰ que su falta de título para retenerlo lo obliga a restituirlo al portador del título valor.

En este supuesto el actor (el portador del título valor) debe producir la prueba de su “mejor” derecho a la suma abonada, para lo que demostrará haber adquirido el título valor en las condiciones previstas por el artículo 1819.

Al cancelante —demandado en esta hipótesis— le incumbe probar que el portador adquirió el título valor en circunstancias ajenas a las previstas por la norma indicada y las pertinentes de la sección del Código en estudio, neutralizando de esta manera la acción prevista.

El contenido económico de esta acción tiene como base el importe indebidamente percibido por el cancelante, con sus intereses a par-

¹⁰⁵⁹ *Infra*, comentario a los arts. 1866 y 1875.

¹⁰⁶⁰ Ver art. 1796 y su comentario.

tir de la constitución en mora. Pero no se limita a tal monto, sino que por su carácter extracartular y resarcitorio alcanza al importe que le hubiera correspondido percibir al actor.

Si el juez hace lugar a la acción, el resarcimiento podrá efectivizarse sobre la caución oportunamente otorgada conforme la parte final del artículo 1852, cuya finalidad es, precisamente, salvaguardar los derechos del portador desposeído.

La norma también prevé la competencia territorial para el procedimiento: el domicilio del creador, en los títulos valores en serie, o el lugar de pago, en los títulos valores individuales.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1853 *Sustitución por deterioro.* El portador de un título valor deteriorado, pero identificable con certeza, tiene derecho a obtener del emisor un duplicado si restituye el original y reembolsa los gastos. Los firmantes del título valor original están obligados a reproducir su firma en el duplicado.

I) Resumen

La norma permite obtener un duplicado de un título valor deteriorado, en tanto sus elementos esenciales sean susceptibles de identificación.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación (art. 1852); oposición al duplicado (art. 1854).

III) Interpretación de la norma

Para el caso en que exista una degradación material o tangible del título valor, pero sin llegar al extremo de importar una destrucción —la que supone, aun cuando el deterioro fuere parcial, la im-

posibilidad de ejercitar los derechos incorporados al cartular¹⁰⁶¹—, el artículo 1853 autoriza al portador requerir un duplicado, a costa del solicitante.

La norma permite de una manera simplificada resolver una situación con algunos puntos de contacto con los problemas propios de la destrucción del cartular (art. 1852).

Los firmantes del título valor deben reproducir su firma, aplicándose en caso de negativa lo previsto por el artículo 1854.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1854 *Obligaciones de terceros.* Si los títulos valores instrumentaban obligaciones de otras personas, además de las del emisor, deben reproducirlas en los nuevos títulos. Igualmente debe efectuarse una atestación notarial de correlación.

Cuando los terceros se oponen a reproducir instrumentalmente sus obligaciones, debe resolver el juez por el procedimiento contradictorio más breve que prevea la ley local, sin perjuicio del otorgamiento de los títulos valores provisorios o definitivos, cuando corresponda.

I) Resumen

La norma complementa la solución del artículo 1853, previendo la forma de mantener la identidad entre el título valor original y su duplicado. Se establece además el marco procesal para el caso de oposición.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación (art. 1852); duplicados (art. 1853).

¹⁰⁶¹ Ver comentario al art. 1830.

III) Interpretación de la norma

En el caso de títulos valores con múltiples firmas adicionales a las de su creador, resulta necesario asegurarse que el duplicado mantenga fielmente el contenido del cartular deteriorado, lo que incluye el orden de las diferentes firmas y cláusulas insertas en el documento original.

A tal fin, se requiere una corroboración notarial de la correlación o paralelismo entre el título valor original y el duplicado destinado a reemplazarlo.

Si el tercero se opone a replicar su firma en el duplicado, el solicitante puede requerir el auxilio judicial, mandando la norma la aplicación del trámite contradictorio más breve previsto por las reglas procesales.

No obstante la oposición, y valorando las razones de aquélla de modo sumario, puede igualmente el juez autorizar el otorgamiento del duplicado.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

PARÁGRAFO 2º

NORMAS APLICABLES A TÍTULOS VALORES EN SERIE

Art. 1855 Denuncia. En los casos previstos en el artículo 1852 el titular o portador legítimo debe denunciar el hecho al emisor mediante escritura pública o, tratándose de títulos ofertados públicamente, por nota con firma certificada por notario o presentada personalmente ante la autoridad pública de control, una entidad en que se negocien los títulos valores o el Banco Central de la República Argentina, si es el emisor. Debe acompañar una suma suficiente, a criterio del emisor, para satisfacer los gastos de publicación y correspondencia.

La denuncia debe contener:

- a) la individualización de los títulos valores, indicando, en su caso, denominación, valor nominal, serie y numeración;
- b) la manera como adquirió la titularidad, posesión o tenencia de los títulos y la época y, de ser posible, la fecha de los actos respectivos;

- c) fecha, forma y lugar de percepción del último dividendo, interés, cuota de amortización o del ejercicio de los derechos emergentes del título;
- d) enunciación de las circunstancias que causaron la pérdida, sustracción o destrucción. Si la destrucción fuera parcial, debe exhibir los restos de los títulos valores en su poder;
- e) constitución de domicilio especial en la jurisdicción donde tuviera la sede el emisor o, en su caso, en el lugar de pago.

I) Resumen

La norma establece los recaudos básicos correspondientes a la denuncia del titular o portador legítimo desposeído involuntariamente (sustracción, pérdida o destrucción) para los títulos valores emitidos en serie.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); suspensión de efectos (art. 1856); publicaciones (art. 1857).

III) Interpretación de la norma

III.1) Alcance de las disposiciones legales

Los artículos 1856 a 1870 establecen de una manera detallada las reglas particulares vinculadas con la desposesión involuntaria de títulos valores cartulares emitidos en serie, tales como las acciones o las obligaciones negociables.

Se trata de una cuestión carente de recepción integral en la normativa sustancial previa al Código, que incluye un detenido tratamiento de las cuestiones centrales que se plantean para los títulos valores en serie.

La norma, al igual que las que la continúan, prevé reglas diferentes que consideran como criterio divisorio a la oferta pública de los títulos valores. Por su especialidad, el contenido de este Parágrafo 2º prevalece en caso de conflicto respecto de las normas antecedentes (arts. 1852 a 1855).

III.2) *Contenido de la norma*

El artículo 1855 marca el inicio del proceso que se inicia con la formulación de una denuncia con las formalidades y contenidos establecidos por la norma, que incluyen la necesidad de proporcionar los fondos suficientes para las publicaciones y comunicaciones que requieren las normas subsiguientes.

Es importante destacar que, sin perjuicio de posibles intervenciones judiciales en caso de conflicto entre el emisor y el denunciante, el proceso previsto por el Código tiene un marcado carácter extrajudicial, salvo que se verifique la oposición de tercero (art. 1866). En ese caso, el denunciante deberá formular su pretensión en sede judicial¹⁰⁶², donde se dirimirá de manera final el conflicto de derechos entre el portador desposeído y portador sucesivo del título valor.

IV) *Significado de la reforma*

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1856 *Suspensión de efectos.* El emisor debe suspender de inmediato los efectos de los títulos con respecto a terceros, bajo responsabilidad del peticionante, y entregar al denunciante constancia de su presentación y de la suspensión dispuesta.

Igual suspensión debe disponer, en caso de títulos valores ofertados públicamente, la entidad ante quien se presente la denuncia.

I) *Resumen*

La norma prevé el efecto primario que se sigue de la denuncia presentada conforme al artículo 1855: la suspensión de los efectos de los títulos valores respecto a terceros.

¹⁰⁶² Ver comentario al art. 1866. La solución legal es positiva, evitando una temprana actuación judicial con los costos consiguientes, y respeta las particulares características de los títulos valores en serie.

II) *Concordancias*

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); publicaciones (art. 1857).

III) *Interpretación de la norma*

El efecto directo e inmediato de la denuncia presentada por el portador legítimo o titular del título valor es la suspensión de sus efectos con respecto a terceros (por ejemplo, derechos de voto o cobro de dividendos).

Dicha medida se debe resolver por el emisor, y en los casos de oferta pública, también por la entidad en la cual se hubiera presentado la denuncia conforme el artículo 1855.

Las consecuencias de la suspensión, en caso de afectar derechos de terceros, recaen exclusivamente sobre el denunciante.

IV) *Significado de la reforma*

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1857 *Publicación.* El emisor debe publicar en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en la República, por un día, un aviso que debe contener el nombre, documento de identidad y domicilio especial del denunciante, así como los datos necesarios para la identificación de los títulos valores comprendidos, e incluir la especie, numeración, valor nominal y cupón corriente de los títulos, en su caso y la citación a quienes se crean con derecho a ellos para que deduzcan oposición, dentro de los sesenta días. Las publicaciones deben ser diligenciadas por el emisor dentro del día hábil siguiente a la presentación de la denuncia.

I) *Resumen*

La norma establece el contenido de la publicidad obligatoria que sigue a la denuncia y suspensión de derechos previstas por los artículos 1855 y 1856.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); publicidad adicional (art. 1858).

III) Interpretación de la norma**III.1) La publicidad en los procesos de cancelación**

En cualquiera de sus variantes, el proceso de cancelación supone la necesidad de su difusión por mecanismos que permitan el conocimiento de la situación denunciada.

El objeto, fundamentalmente, es alertar a terceros respecto de la desposesión voluntaria, y de este modo reducir la posibilidad de una adquisición *a non domino*, que consolidaría el perjuicio para el portador desposeído.

III.2) Contenido de la norma

En un plazo brevísimo (el día hábil siguiente a la denuncia), el emisor de los títulos valores debe diligenciar¹⁰⁶³ la publicidad destinada a permitir la oposición de terceros interesados, por un término de sesenta días¹⁰⁶⁴.

El contenido de la publicidad debe permitir la identificación de los títulos valores, y se realizará obligatoriamente en el Boletín Oficial y un diario de mayor circulación¹⁰⁶⁵, con los fondos provistos por el denunciante (art. 1855 del Código).

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

¹⁰⁶³ La fecha de publicación dependerá de los plazos propios de los medios elegidos. La norma no obliga a una publicación urgente, la que de todos modos deberá realizarse en caso de haber el denunciante depositado los fondos correspondientes a tal fin.

¹⁰⁶⁴ Que deben entenderse en días corridos.

¹⁰⁶⁵ El que podrá ser determinado por el denunciante, en tanto se cumpla con el dato central de la amplia circulación y se provean los fondos suficientes a tal fin.

Art. 1858 *Títulos con cotización pública.* Cuando los títulos valores cotizan públicamente, además de las publicaciones mencionadas en el artículo 1857, el emisor o la entidad que recibe la denuncia, está obligado a comunicarla a la entidad en la que coticen más cercana a su domicilio y, en su caso, al emisor en el mismo día de su recepción. La entidad debe hacer saber la denuncia, en igual plazo, al órgano de controlador de los mercados de valores, a las cajas de valores, y a las restantes entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en que coticen los títulos valores.

Las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en que se negocian los títulos valores, deben publicar un aviso en su órgano informativo o hacerlo saber por otros medios adecuados, dentro del mismo día de recibida la denuncia o la comunicación pertinente.

Las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación deben llevar un registro para consulta de los interesados, con la nómina de los títulos valores que hayan sido objeto de denuncia.

D) Resumen

La norma establece recaudos de publicidad adicionales para los títulos valores en serie bajo el régimen de oferta pública.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); publicidad (art. 1857).

III) Interpretación de la norma

Para los casos en que la denuncia del artículo 1855 se refiera a títulos valores en serie bajo el régimen de oferta pública, la norma comentada exige medidas adicionales de difusión.

Básicamente, se prevé primero una obligación de comunicación del emisor o entidad receptora de la denuncia, de modo tal que la información se expanda a otros actores en el mercado de capitales, incluyendo a las cajas de valores. De todos modos, el sentido primario de la exigencia legal se explica respecto de los mercados donde se negocian los títulos valores, y para los agentes de negociación y agentes de liquidación y compensación en su rol de intermediarios autorizados del régimen de oferta pública conforme la ley 26.831.

Comunicada la denuncia según lo indicado en la norma, se debe publicar en el boletín o sistema de difusión propio de la entidad la información correspondiente, debiendo además llevarse un registro de consulta pública sobre los títulos valores en serie alcanzados por las reglas legales en comentario.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1859 Partes interesadas. El denunciante debe indicar, en su caso, el nombre y domicilio de la persona por quien posee o por quien tiene en su poder el título valor, así como en su caso el de los usufructuarios y el de los acreedores prendarios de aquél. El emisor debe citar por medio fehaciente a las personas indicadas por el denunciante o las que figuran con tales calidades en el respectivo registro, en los domicilios denunciados o registrados, a los fines del artículo 1857. La ausencia de denuncia o citación no invalida el procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades consiguientes.

I) Resumen

La norma establece requisitos adicionales para el contenido de la denuncia prevista por el artículo 1855, cuando se verificaren las situaciones referidas en su texto.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); publicidad (art. 1857).

III) Interpretación de la norma

En los casos en los que el portador legítimo no fuere titular, o existieren usufructuarios o acreedores prendarios, la denuncia efectuada conforme el artículo 1855 debe poner de manifiesto tal situación.

Cumplida la obligación por el denunciante, el emisor debe citar a esos sujetos, que tienen un interés directo sobre los títulos valores objeto de denuncia, a efectos de que ejerzan sus derechos.

La ausencia de denuncia hace responsable al denunciante por los daños que se ocasionen por la omisión, y lo propio cabe afirmar de la ausencia de citación prevista por la norma.

Sin embargo, ninguna de dichas circunstancias invalida el procedimiento, atento a la publicidad legal y obligatoria del artículo 1857 (y en su caso, art. 1858 del Código).

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1860 Observaciones. El emisor debe expresar al denunciante dentro de los diez días las observaciones que tiene sobre el contenido de la denuncia o su verosimilitud.

I) Resumen

La norma prevé el deber del emisor de manifestar al denunciante las observaciones sobre la denuncia formulada.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular

(art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); entrega de certificado provisorio (art. 1861).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El emisor en los títulos valores en serie*

El emisor de los títulos valores en serie, que, como se explicó previamente, en la Argentina sólo pueden emitirse en forma nominativa¹⁰⁶⁶, normalmente puede tener alguna información relevante para el denunciante. Ello se sigue de su conocimiento del contenido de libro de registro, en el cual han de asentarse las transferencias, derechos reales o gravámenes sobre el título valor¹⁰⁶⁷.

La circunstancia apuntada es la que explica la norma en análisis, peculiar para los títulos valores en serie.

III.2) *Contenido de la norma*

Presentada la denuncia conforme el artículo 1855, el emisor debe tomar una conducta activa de análisis de lo allí manifestado, sobre la base de la información presentada y la que obre en su poder (fundamentalmente, las constancias del libro de registro, y actos jurídicos aún pendientes de inscripción en aquél).

Sin perjuicio de la suspensión de efectos (art. 1856 del Código), dentro del plazo de 10 días de la denuncia el emisor está obligado a manifestar al denunciante cualquier observación sobre la denuncia y opinión sobre la verosimilitud.

En ese caso, el denunciante (a efectos de poder acceder a la entrega del certificado provisorio previsto por el art. 1861 del Código) tiene la carga de responder a las observaciones que se le formulen, aportando la información y documentación necesaria a tal menester.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

¹⁰⁶⁶ Ver comentario al art. 1847 del Código.

¹⁰⁶⁷ Ver previamente comentario a los arts. 1822, 1847, 1849 y 1850 del Código.

Art. 1861 *Certificado provisorio*. Pasados sesenta días desde la última publicación indicada en el artículo 1857, el emisor debe extender un certificado provisorio no negociable, excepto que se presente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que a su criterio no se hayan subsanado las observaciones indicadas;
- b) que se hayan presentado uno o más contradictores dentro del plazo;
- c) que exista orden judicial en contrario;
- d) que se haya aplicado lo dispuesto en los artículos 1866 y 1867.

I) Resumen

La norma establece las condiciones en las cuales el emisor debe extender un certificado provisorio no negociable, como consecuencia de la denuncia prevista por el artículo 1855.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); observaciones a la denuncia (art. 1860); denegación del certificado provisorio (art. 1862); derechos derivados del título valor y certificado provisorio (art. 1863).

III) Interpretación de la norma

Cumplidos 60 días desde la finalización de la publicidad legal (art. 1857 del Código), y sujeto a las condiciones previstas por la norma (respuesta satisfactoria a las observaciones –art. 1860–; ausencia de contradictores –personas que aleguen un mejor derecho, lo que incluye los supuestos de los arts. 1866 y 1867– u orden judicial en contrario), corresponde la entrega al denunciante de un certificado provisorio no negociable.

Dicho documento permitirá un ejercicio limitado de los derechos

inherentes al título valor (arts. 1863 y 1864), pero no la realización de actos de disposición o transferencia.

La entrega del certificado provisorio no aplica a los títulos nominativos no endosables, conforme lo prevé el artículo 1869, a cuyo comentario remitimos.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1862 Denegación. Acciones. Denegada la expedición del certificado provisorio, el emisor debe hacerlo saber por medio fehaciente al denunciante. Éste tiene expedita la acción ante el juez del domicilio del emisor para que le sea extendido el certificado o por reivindicación o, en el caso del inciso d) del artículo 1861, por los daños que correspondan.

I) Resumen

La norma regula el proceso posterior a la negativa de entrega del certificado provisorio, determinando los derechos del denunciante en ese supuesto.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); observaciones a la denuncia (art. 1860); certificado provisorio (art. 1861).

III) Interpretación de la norma

Si, amparado en el artículo 1861, el emisor se niega a emitir y entregar al denunciante el certificado provisorio (lo que debe comunicar de manera fehaciente), la norma prevé diferentes derechos correspondientes a este último.

Así, el denunciante podrá:

- a) Reclamar judicialmente la entrega del certificado provisorio,

para lo que deberá refutar las razones esgrimidas por el emisor en su negativa, y generar la convicción del juez interviniente.

- b) Demandar la reivindicación del título valor, para lo cual tendrá que destruir la pretensión del tercero opositor (arts. 1866 y 1867 del Código).
- c) Reclamar los daños y perjuicios causados por el tercero opositor, conforme la regla general del artículo 1852.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1863 Depósito o entrega de las prestaciones. Las prestaciones dinerarias correspondientes al certificado provisorio deben ser depositadas por el emisor, a su vencimiento, en el banco oficial de su domicilio. El denunciante puede indicar, en cada oportunidad, la modalidad de inversión de su conveniencia, entre las ofrecidas por el banco oficial. En su defecto, el emisor la determina entre las corrientes en plaza, sin responsabilidad.

A pedido del denunciante y previa constitución de garantía suficiente, a juicio del emisor, éste puede entregarle las acreencias dinerarias a su vencimiento, o posteriormente desafectándolas del depósito, con conformidad del peticionario. La garantía se mantiene, bajo responsabilidad del emisor, durante el plazo previsto en el artículo 1865, excepto orden judicial en contrario.

Si no existe acuerdo sobre la suficiencia de la garantía, resuelve el juez con competencia en el domicilio del emisor, por el procedimiento más breve previsto por la legislación local.

I) Resumen

La norma establece la posibilidad y condiciones para el cobro de las prestaciones inherentes al título valor objeto de la denuncia del artículo 1855.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); observaciones a la denuncia (art. 1860); certificado provisorio (art. 1861); denegación del certificado provisorio (art. 1862); cancelación del título valor (art. 1865).

III) Interpretación de la norma

La finalidad primaria de la entrega del certificado provisorio (atento a su carácter no negociable) es permitir el ejercicio de ciertos derechos inherentes al título valor (en el caso del art. 1863, derechos económicos o prestaciones dinerarias).

La existencia de denuncia no releva al emisor del cumplimiento de las obligaciones propias del título valor (por ejemplo, el pago de dividendos o intereses).

En ese supuesto, el emisor debe inicialmente invertir las sumas correspondientes según las alternativas usuales de plaza conforme la oferta del banco oficial, por indicación del denunciante (o, en su defecto, por decisión propia sin posibilidad de ulterior cuestionamiento por la inconveniencia de la inversión).

El denunciante, si constituye garantía suficiente a criterio del emisor o conforme la resolución judicial pertinente, tiene derecho al cobro de las prestaciones dinerarias propias del título valor.

La garantía se mantiene por el plazo de un año, momento en el cual corresponde la cancelación del título valor original denunciado, y el reemplazo del certificado provisorio por el definitivo (art. 1865 del Código).

La percepción de las prestaciones dinerarias se suspende en el caso de presentarse un tercero alegando un mejor derecho, conforme lo prevé el artículo 1866 del Código.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1864 *Ejercicio de derechos de contenido no dinerario.* Si el título valor otorga derechos de contenido no dinerarios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás procedimientos establecidos, el juez puede autorizar, bajo la caución que estime apropiada, el ejercicio de esos derechos y la recepción de las prestaciones pertinentes.

Respecto de las prestaciones dinerarias, se aplican las normas comunes de esta Sección.

I) Resumen

La norma complementa la precedente, refiriéndose al ejercicio de los derechos de contenido no dinerario.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); suspensión de efectos (art. 1856); observaciones a la denuncia (art. 1860); certificado provisorio (art. 1861); denegación del certificado provisorio (art. 1862); prestaciones dinerarias (art. 1863).

III) Interpretación de la norma

Es frecuente que los títulos valores en serie tengan el carácter de complejos, designación que apunta a indicar que los derechos de su titular son múltiples, no reducidos a una única prestación dineraria o con contenido patrimonial directo.

Mientras el artículo 1863 del Código se refiere a los derechos económicos o dinerarios, la norma en análisis alcanza a los de contenido no dinerario (por ejemplo, los denominados derechos políticos o de voto).

Para este caso, el denunciante interesado en su ejercicio debe solicitar la venia judicial, a tal efecto. El juez podrá establecer una caución si lo considerare pertinente, determinando sus condiciones y vigencia.

La norma no se aplica a los títulos nominativos no endosables, conforme lo prevé expresamente el artículo 1869, a cuyo comentario remitimos.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1865 *Títulos valores definitivos.* Transcurrido un año desde la entrega del certificado provisorio, el emisor lo debe canjear por un nuevo título definitivo, a todos los efectos legales, previa cancelación del original, excepto que medie orden judicial en contrario. El derecho a solicitar conversión de los títulos valores cancelados se suspende mientras esté vigente el certificado provisorio.

I) Resumen

La norma prevé la cancelación del título valor denunciado, mediante el canje del certificado provisorio, un año después de su entrega.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); certificado provisorio (art. 1861); oposición del tercero (art. 1866).

III) Interpretación de la norma

El proceso iniciado por la denuncia (art. 1855 del Código), cuando se han entregado los certificados provisorios y no media oposición (art. 1866 del Código) u orden judicial en contrario, culmina con el canje de aquél y su reemplazo por un título valor definitivo.

Para ello, debe transcurrir un año desde la entrega del certificado provisorio, y no presentarse las circunstancias indicadas en el apartado precedente.

La cancelación, se recuerda, no perjudica los derechos del tercero que no dedujo oposición (art. 1852 del Código), sin perjuicio de las excepciones correspondientes al artículo 1867.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1866 *Presentación del portador.* Si dentro del plazo establecido en el artículo 1865 se presenta un tercero con el título valor en su poder, adquirido conforme con su ley de circulación, el emisor debe hacerlo saber de inmediato en forma fehaciente al denunciante. Los efectos que prevé el artículo 1865, así como los del artículo 1863, segundo y tercer párrafos, quedan en suspenso desde la presentación hasta que el juez competente se pronuncie. El denunciante debe iniciar la acción judicial dentro de los dos meses de la notificación por el emisor; caso contrario, caduca su derecho respecto del título valor.

I) Resumen

La norma regula la presentación del portador (tercero de buena fe y adquirente conforme la ley de circulación), como opositor a la cancelación del título valor.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); ley de circulación (art. 1816); adquisición *a non domino* (art. 1819); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); entrega del título valor definitivo (art. 1865).

III) Interpretación de la norma**III.1) Finalización del proceso de cancelación**

En ausencia de la oposición prevista por la norma en análisis, el proceso iniciado con la denuncia (art. 1855), seguido de la entrega del certificado provisorio (art. 1861), y, finalmente, el título valor definitivo (art. 1865), no tendría instancia ulterior.

Sin embargo, la natural vocación a la circulación del título valor

hace posible que se presente un tercero, quien en las condiciones previstas por la normativa¹⁰⁶⁸ tendrá un mejor derecho que el denunciante.

III.2) Contenido de la norma

La norma requiere que la presentación del tercero se realice dentro del plazo de un año de la entrega del certificado provisorio, quien deberá acreditar su carácter de portador adquirente conforme la ley de circulación del título valor¹⁰⁶⁹.

En ese supuesto, el emisor debe comunicar al denunciante la existencia de la presentación del tercero, informando de manera fehaciente el contenido de aquélla.

Para ese caso, no procede la entrega del certificado definitivo (art. 1865), ni la percepción de las prestaciones dinerarias (art. 1863), hasta la resolución judicial pertinente.

Comunicada la presentación del tercero, el denunciante debe instar la cancelación judicial, para lo cual será necesario que el juez determine la inexistencia del mejor derecho del tercero (por ejemplo, por defecto en la adquisición que se descalifica por circunstancias objetivas –título de la adquisición– o subjetivas –ausencia de buena fe del tercero–)¹⁰⁷⁰.

La acción del denunciante tiene un plazo de caducidad de dos meses desde la notificación de la presentación del tercero.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1867 *Adquirente en bolsa o caja de valores.* El tercer portador que haya adquirido el título valor sin culpa grave, que se opongá dentro del plazo del artículo 1865 y acredite que, con anterioridad a la primera publicación del artículo 1857 o a la publicación por el órgano informativo u otros medios adecua-

¹⁰⁶⁸ Ver, particularmente, comentario al art. 1819.

¹⁰⁶⁹ Sobre ley de circulación, ver comentario al art. 1816.

¹⁰⁷⁰ Buena fe subjetiva, con el alcance del art. 1902 del Código. Ver también comentario a los arts. 1816 y 1819.

dos en la entidad expresamente autorizada por la ley especial o la autoridad de aplicación en que coticen los títulos valores, lo que ocurra primero, adquirió el título valor en una entidad así autorizada, aun cuando le haya sido entregado con posterioridad a las publicaciones o comunicaciones, puede reclamar directamente del emisor:

- a) el levantamiento de la suspensión de los efectos de los títulos valores;
- b) la cancelación del certificado provisorio que se haya entregado al denunciante;
- c) la entrega de las acreencias que hayan sido depositadas conforme al artículo 1863.

La adquisición o tenencia en los supuestos indicados impide el ejercicio de la acción reivindicatoria por el denunciante, y deja a salvo la acción por daños contra quienes, por su dolo o culpa, han hecho posible o contribuido a la pérdida de su derecho.

D) Resumen

La norma prevé un tratamiento diferenciado para la adquisición en el ámbito de la oferta pública del título valor denunciado.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); ley de circulación (art. 1816); adquisición *a non domino* (art. 1819); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); entrega del título valor definitivo (art. 1865); oposición del portador (art. 1866); desestimación de la oposición (art. 1868).

III) Interpretación de la norma

Tanto el artículo 1867 como el artículo 1868 del Código se refieren a supuestos particulares de adquisición del título valor objeto de denuncia (art. 1855), en los cuales se acentúa la tutela del tercer portador.

La norma en análisis prevé la adquisición en bolsa (léase, un mercado autorizado por la Comisión Nacional de Valores) o caja de valores

por parte de un tercero de buena fe —con el sentido ya explicado¹⁰⁷¹—. La transferencia por negociación en el ámbito de la oferta pública equivale a recepción conforme la ley de circulación del cartular.

El supuesto de hecho del artículo 1867 incluye la circunstancia señalada respecto de la adquisición y además:

- a) La oposición en los términos del artículo 1865 del Código.
- b) La adquisición¹⁰⁷² con anterioridad a la primera publicación del artículo 1857 del Código o a la publicación realizada por el mercado o autoridad de aplicación¹⁰⁷³, lo que ocurra primero.

Cumplidas las condiciones previstas, se verifica un supuesto de adquisición *a non domino*, conclusión sustentada en la referencia del último párrafo a la inviabilidad de la acción de reivindicación por parte del denunciante, a quien le queda únicamente un reclamo de daños contra quienes contribuyeron a la pérdida de su derecho¹⁰⁷⁴.

También el supuesto en análisis modifica los deberes del emisor, quien debe levantar la suspensión de derechos (art. 1856), cancelar el certificado provisorio que se hubiere entregado (art. 1861), y pagar al tercero las prestaciones dinerarias retenidas (art. 1863).

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1868 *Desestimación de oposición.* Debe desestimarse sin más trámite toda oposición planteada contra una caja de valores respecto del título valor recibido de buena fe, cuyo depósito colectivo

¹⁰⁷¹ Ver comentario a los arts. 1816 y, especialmente, 1819.

¹⁰⁷² Ello, independientemente de la fecha de acreditación o entrega del título valor. Es normal en el ámbito de la oferta pública la distinción entre la fecha de concertación de la operación y la fecha de transferencia efectiva y acreditación del título valor.

¹⁰⁷³ Normalmente, se trataría de cuestiones más propias de los reglamentos internos de los mercados autorizados que de difusión a cargo del ente de control, aunque la Comisión Nacional de Valores puede por supuesto establecer normas específicas sobre el particular.

¹⁰⁷⁴ La finalidad de la norma es fundamentalmente ilustrativa, explicable por la complejidad del procedimiento, pero en última instancia una manifestación de la regla general prevista por el art. 1716 del Código.

se haya perfeccionado antes de recibir dicha caja la comunicación de la denuncia que prevé el artículo 1855, y a más tardar o en defecto de esa comunicación, hasta la publicación del aviso que establece el artículo 1857. Ello, sin perjuicio de los derechos del oponente sobre la cuota parte de títulos valores de igual especie, clase y emisor que corresponda al comitente responsable.

También debe desestimarse sin más trámite toda oposición planteada contra un depositante autorizado, respecto del título valor recibido de buena fe para ingresarlo en depósito colectivo en una caja de valores antes de las publicaciones que prevén los artículos 1855, 1857 y 1858, sin perjuicio de los derechos del oponente mencionados en el párrafo anterior.

En caso de destrucción total o parcial de un título valor depositado, la caja de valores queda obligada a cumplir con las disposiciones de esta Sección.

I) Resumen

La norma establece un régimen particular vinculado al sistema de depósito colectivo regulado por la ley 20.643 y las normas reglamentarias de la Comisión Nacional de Valores.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); entrega del título valor definitivo (art. 1865); oposición del portador (art. 1866); adquisición en la oferta pública (art. 1867). Ley 20.643 (arts. 30 y ss.).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1868 establece salvaguardas necesarias para el buen funcionamiento del sistema de depósito colectivo, de manera consistente con las reglas establecidas por los artículos 44¹⁰⁷⁵ y 45 de la ley 20.643¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁵ El art. 44 prevé que "A los efectos de la aplicación de las disposiciones del Libro Segundo, Título 11, Capítulo 3 del Código de Comercio, todo título valor

Conforme el artículo 1868:

- a) No es viable la oposición planteada contra una caja de valores respecto del título valor recibido de buena fe, cuyo depósito colectivo se haya perfeccionado antes de recibirse la denuncia (art. 1855), y a más tardar o en defecto de esa comunicación, antes de la publicidad prevista por el artículo 1857.
- b) Tampoco procede el reclamo contra el depositante autorizado¹⁰⁷⁷ respecto del título valor recibido de buena fe para ingresarlo en depósito colectivo en una caja de valores antes de las publicaciones que prevén los artículos 1855, 1857 y 1858.

La norma establece, por último, que en los casos de destrucción o deterioro del título valor, las cajas de valores deben cumplir con las normas previstas por el Código. Con esa redacción, se elimina cualquier posibilidad de conflicto interpretativo con las previsiones de la ley 20.643 que regula el funcionamiento de las cajas de valores.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

recibido por un depositante para su depósito colectivo se considerará adquirido de buena fe, siempre que la recepción sea anterior al último día de publicación del aviso previsto en el artículo 761 de dicho Código". Recordamos, a riesgo de obviedad, que, en la materia que nos interesa, el Código de Comercio fue derogado íntegramente, con lo cual en ausencia de previsión por el Código se produciría un vacío normativo en la remisión realizada.

¹⁰⁷⁶ El art. 45 prescribe que "Deberá desestimarse sin más trámite toda oposición planteada contra el depositante o la Caja de Valores respecto de los títulos valores recibidos por aquél en la condición señalada en el primer párrafo del artículo anterior, sin perjuicio de los derechos del oponente sobre la cuota parte de igual especie, clase y emisor de títulos valores del copropietario responsable". La similitud con la norma del Código es evidente.

¹⁰⁷⁷ En el sistema de depósito colectivo, conforme las leyes 20.643 y 26.831, la caja de valores es el ente autorizado para actuar como receptor del depósito colectivo de títulos valores (agente de depósito colectivo), en tanto los depositantes son las personas autorizadas a realizar depósitos colectivos a su orden, por cuenta propia o ajena. Son depositantes, por ejemplo, los intermediarios autorizados del mercado (agentes de negociación y agentes de liquidación y compensación, denominación actual de las categorías precedentes de agentes bursátiles y extrabursátiles: agentes y sociedades de bolsa y agentes del mercado abierto electrónico).

Art. 1869 *Títulos valores nominativos no endosables.* Si se trata de título valor nominativo no endosable, dándose las condiciones previstas en el artículo 1861, el emisor debe extender directamente un nuevo título valor definitivo a nombre del titular registrado y dejar constancia de los gravámenes existentes. En el caso, no corresponde la aplicación de los artículos 1864 y 1865.

I) Resumen

La norma establece un tratamiento diferenciado para los títulos valores nominativos no endosables objeto de la denuncia prevista por el artículo 1855.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); títulos nominativos no endosables (art. 1849); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); entrega del título valor definitivo (art. 1865). Ley 24.587 (art. 1°).

III) Interpretación de la norma

En primer término, cabe advertir al lector que aunque la norma se presenta como una hipótesis de excepción, su aplicación será prácticamente general en la Argentina, atento a las previsiones vigentes de la ley 24.587 sobre nominatividad de títulos valores privados¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁸ El art. 1° de la ley 24.587 establece que "Los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables. También podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y sus modificaciones". Como consecuencia directa de ese régimen, la posibilidad de emitir títulos valores privados en serie al portador o nominativos endosables es una hipótesis de escuela, con la excepción de limitado alcance que prevé el art. 13 del decreto 259/96: "En el caso de títulos valores representativos de deuda o asimilables a ellos, con oferta pública autorizada, se considerará cumplido el requisito de la nominatividad cuando se encuentren representados en certificados globales o parciales, inscriptos o depositados en regímenes de depósito colectivo nacionales o extranjeros, reconocidos por la Comisión Nacional de Valores, a cuyo fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles".

Así, para los títulos nominativos no endosables, considerando las limitaciones propias de su ley de circulación que hacen más dificultosa la presencia de un tercero con mejor derecho que el denunciante¹⁰⁷⁹, cumplidos los 60 días de la publicidad legal, el emisor debe emitir un nuevo título valor de carácter definitivo, indicando los eventuales gravámenes existentes. Esto es, no se aplica el estadio intermedio que supone la entrega del certificado provisorio (art. 1861 del Código).

Como lógica consecuencia de la entrega de un sucedáneo pleno del título valor denunciado (art. 1855), el titular (denunciante) puede ejercer sin limitación los derechos correspondientes a ese carácter (sin las cortapisas de los arts. 1863 y 1865 del Código).

El régimen particular del artículo 1869 no se extiende a la posibilidad de oposición y a los derechos y régimen jurídico derivados de los artículos 1866 a 1868 del Código, previamente comentados y de aplicación general a los títulos valores en serie.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1870 *Cupones separables.* El procedimiento comprende los cupones separables vinculados con el título valor, en tanto no haya comenzado su período de utilización al efectuarse la primera publicación. Los cupones separables en período de utilización, deben someterse al procedimiento que corresponda según su ley de circulación.

I) Resumen

La norma prevé el tratamiento correspondiente a los cupones separables del título valor, que se registrarán por las soluciones consistentes con su ley de circulación.

¹⁰⁷⁹ Ver art. 1849 y su comentario.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); títulos nominativos no endosables (art. 1849); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia (art. 1855); publicación (art. 1857). Ley 24.587 (art. 4°).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1870 se refiere a la hipótesis de que el título valor instrumento alguno de los derechos incorporados mediante los denominados cupones¹⁰⁸⁰, que en el caso de su separabilidad de aquél pueden tener una ley de circulación propia.

Lo más frecuente es que, de recurrirse a esta modalidad, los cupones sean al portador, alternativa expresamente autorizada por el artículo 4° de la ley 24.587 de nominatividad de títulos valores¹⁰⁸¹.

La norma establece un tratamiento diferenciado para los cupones:

- a) Si hubiere comenzado su período de utilización al efectuarse la primera publicación (art. 1857 del Código), la cancelación se regirá por las disposiciones particulares correspondientes a la ley de circulación del cupón.
- b) Ausente la circunstancia indicada, la cancelación del título valor principal determina el régimen aplicable al cupón.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

PARÁGRAFO 3°

NORMAS APLICABLES A LOS TÍTULOS VALORES INDIVIDUALES

Art. 1871 *Denuncia.* El último portador debe denunciar judicialmente el hecho, y solicitar la cancelación de los títulos valores.

¹⁰⁸⁰ Por ejemplo, el pago de dividendos o intereses.

¹⁰⁸¹ La norma establece en su primer párrafo que "Los títulos valores privados nominativos no endosables podrán llevar cupones al portador, los que deberán contener la numeración del título valor al que pertenecen".

La demanda debe contener:

- a) la individualización precisa de los títulos valores cuya desposesión se denuncia;
- b) las circunstancias en las cuales el título valor fue adquirido por el denunciante, precisando la fecha o época de su adquisición;
- c) la indicación de las prestaciones percibidas por el denunciante, y las pendientes de percepción, devengadas o no;
- d) las circunstancias que causaron la pérdida, sustracción o destrucción. En todos los casos, el solicitante puede realizar actos conservatorios de sus derechos.

D) Resumen

Los artículos 1871 y siguientes establecen el régimen particular de cancelación para los títulos valores cartulares individuales.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia en los títulos valores en serie (art. 1855).

III) Interpretación de la norma

En el método del Código, que limita a lo estrictamente necesario la derogación de normas particulares, se recuerda en primer término que las normas en análisis se aplican en ausencia de previsiones directas de la ley que regula un título valor determinado (art. 1852).

De allí que las reglas legales en análisis, más allá de su valor interpretativo para cubrir situaciones dudosas bajo normas específicas, serán supletorias de aquéllas¹⁰⁸².

A diferencia de lo que ocurre para los títulos valores en serie

¹⁰⁸² Así, por ejemplo, los arts. 89 y ss. del decreto-ley 5965/63 para las letras de cambio y pagarés. Aun en el marco de su carácter general y supletorio, las soluciones del Código son superiores a las de las normas particulares, por ejemplo, limitando la excesiva carga de publicidad del art. 89 del decreto-ley 5965/63. Ver más abajo comentario al art. 1873.

(arts. 1855 y ss.), el proceso de cancelación para los de naturaleza individual es íntegramente de carácter judicial, y comienza con la demanda de cancelación en la forma de la denuncia cuyo contenido determina el artículo 1871.

El contenido de la denuncia no amerita mayores precisiones en esta sede atento a la claridad de la redacción legal, sin perjuicio de destacar que la parte final de la norma confiere al denunciante la posibilidad de realizar actos conservatorios de sus derechos, sin necesidad de autorización judicial.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1872 Notificación. Hecha la presentación a que se refiere el artículo 1871, y si los datos aportados resultan en principio verosímiles, el juez debe ordenar la notificación de la sustracción, pérdida o destrucción al creador del título valor y a los demás firmantes obligados al pago, disponiendo su cancelación y autorizando el pago de las prestaciones exigibles después de los treinta días de cumplida la publicación prevista en el artículo siguiente, si no se deduce oposición.

D) Resumen

La norma establece como etapa inicial del proceso de cancelación la notificación a los firmantes obligados al pago del título valor.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia en los títulos valores individuales (art. 1871).

III) Interpretación de la norma

Presentada la demanda de cancelación con el contenido previsto en el artículo 1871, y sujeto al juicio de verosimilitud por el juez

competente (juez del lugar de pago: art. 1852), se ordena la notificación a los obligados al pago del título valor (conforme lo denunciado por el portador desposeído: art. 1871).

El auto judicial dispondrá la cancelación del título valor y autorizará su pago, siempre que se cumpla con la publicidad legal (art. 1873) y no se presentara oposición (art. 1875 del Código).

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1873 *Publicación. Pago anterior.* La resolución judicial prevista en el artículo 1872 debe ordenar, además, la publicación de un edicto por un día en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del procedimiento, que debe contener:

- a) los datos del denunciante y la identificación del título valor cuya desposesión fue denunciada;
- b) la citación para que los interesados deduzcan oposición al procedimiento, la que debe formularse dentro de los treinta días de la publicación.

El pago hecho antes de la publicación es liberatorio si es efectuado sin dolo ni culpa.

I) Resumen

La norma reglamenta la publicidad legal del auto de cancelación y prevé la liberación del deudor por el pago realizado antes de la publicación.

II) Concordancias

Pago indebido (art. 1796); incorporación (art. 1815); pago del título valor (art. 1817); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia en los títulos valores individuales (art. 1871); notificaciones (art. 1872).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Publicidad legal*

Luego del dictado del auto de cancelación (art. 1872) y sin perjuicio de las notificaciones singulares, el artículo 1873 ordena una breve y razonable publicidad legal para la divulgación general de la cancelación en trámite¹⁰⁸³.

La difusión incluye al Boletín Oficial y a un diario de mayor circulación del lugar de pago del título valor, a cargo del solicitante. Deben incluirse los datos que permitan la identificación del título valor, y la citación para que los terceros se opongan a la pretensión de cancelación dentro de los 30 días de la publicación.

III.2) *El pago del título valor objeto de cancelación*

En su parte sustantiva, la norma prevé que el pago hecho antes de la publicación es liberatorio, en ausencia de dolo o culpa¹⁰⁸⁴. A *contrario sensu*, podría interpretarse inicialmente que el pago realizado luego de la publicidad legal carecería, en principio, de ese efecto típico.

Sin embargo, la solución legal no debe ser entendida como una privación absoluta de los efectos liberatorios típicos y ordinarios del pago del título valor (art. 1817), sino como una eliminación del aspecto pasivo de la legitimación cartular.

Por ello, quien paga luego de notificado del auto judicial de cancelación sólo quedará liberado si el *accipiens* era titular del derecho cartular (v. gr.: adquirente *a non domino*), no pudiendo hacer valer en su favor la presunción de titularidad proveniente de la legitimación formal del portador¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸³ Compárese con la excesiva previsión del art. 89 del decreto-ley 5965/63: 15 días, lo que hace en no pocas ocasiones que el costo de la publicación supere al del título valor objeto de cancelación, o haga excesivamente oneroso el procedimiento.

¹⁰⁸⁴ Ver comentario al art. 1817.

¹⁰⁸⁵ Lo que es objeto de tratamiento específico en el art. 1817 del Código, al cual remitimos. La pauta subjetiva indicada en la norma en comentario debe interpretarse de manera armónica con la referencia del art. 1817 a la ausencia de pruebas que demuestren la mala fe de quien requiere el pago.

Si así no fuera, podrá ser compelido a realizar un nuevo pago al solicitante de la cancelación, quedando a resguardo sus eventuales acciones en el marco de lo previsto por los artículos 1796 y siguientes del Código.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1874 Duplicado. Cumplimiento. Transcurridos treinta días sin que se formule oposición, el solicitante tiene derecho a obtener un duplicado del título valor, si la prestación no es exigible; o a reclamar el cumplimiento de la prestación exigible, con el testimonio de la sentencia firme de cancelación.

El solicitante tiene el mismo derecho cuando la oposición es desestimada.

I) Resumen

La norma establece el derecho a obtener un duplicado del título valor o a exigir su pago ante la ausencia de oposición.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); pago del título valor (art. 1817); cancelación del título valor cartular (art. 1852); sustitución por deterioro (art. 1853); denuncia en los títulos valores individuales (art. 1871); notificaciones (art. 1872); publicidad y pago (art. 1873); oposición (art. 1875).

III) Interpretación de la norma

III.1) Oposición del tercero

El objeto central de la publicidad prevista por el artículo 1872 es permitir el ejercicio del derecho de oposición del tercero (por hipótesis, un adquirente posterior al denunciante y portador del título valor).

La oposición (art. 1875) es una carga del nuevo portador del título valor, sujeto a un término de caducidad (30 días luego de la publicidad legal).

En ausencia de oposición, sin perjuicio de lo que se dice al comentar el artículo 1875, cabe recordar la vigencia general del artículo 1852, en lo atinente a la acción conferida a quien no hubiera deducido oposición¹⁰⁸⁶.

III.2) Derechos del cancelante ante la ausencia de oposición

Cumplida la publicidad legal y ante la falta de oposición formulada en tiempo útil (30 días de la publicación), el derecho del cancelante toma un diferente contenido según que, a ese momento, pueda requerirse el cumplimiento de la prestación incorporada al título valor: el cancelante puede reclamar un duplicado del título valor cuya prestación no fuera exigible, o su cumplimiento sobre la base del auto de cancelación devenido en firme, cuando el título valor fuera exigible.

Idéntica solución se aplica en caso de oposición desestimada (art. 1875).

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1875 Oposición. La oposición tramita por el procedimiento más breve previsto en la ley local.

El oponente debe depositar el título valor ante el juez interviniente al deducir la oposición, que le debe ser restituido si es admitida. Si es rechazada, el título valor se debe entregar a quien obtuvo la sentencia de cancelación.

¹⁰⁸⁶ Ver más arriba su comentario, particularmente la referencia a la expresión "La cancelación del título valor no perjudica los derechos de quien no formula oposición respecto de quien obtiene la cancelación", esencial para la comprensión cabal de los efectos de la cancelación del título valor. También debe recordarse la vigencia de la posibilidad de exigencia de la caución (art. 1852, párrafo final).

I) Resumen

La norma reglamenta la oposición del portador al auto de cancelación. Sus efectos se siguen de las previsiones generales (art. 1852) y del artículo 1874.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); pago del título valor (art. 1817); cancelación del título valor cartular (art. 1852); denuncia en los títulos valores individuales (art. 1871); notificaciones (art. 1872); publicidad y pago (art. 1873); duplicados (art. 1874).

III) Interpretación de la norma**III.1) Etapa necesaria y eventual en el proceso de cancelación**

El carácter voluntario del proceso de cancelación muta en contencioso ante la oposición del portador formulada en tiempo útil (art. 1873).

La etapa eventual del proceso de cancelación tiene por objeto permitir al tercer adquirente de buena fe y que recibió el título valor conforme a su ley de circulación (art. 1817) que pueda impedir la eficacia del auto de cancelación, cuya consecuencia directa es anular toda posibilidad de cobro sobre la base del documento, pues produce la desincorporación y pérdida de legitimación formal del adquirente posterior, portador del título valor¹⁰⁸⁷.

III.2) Contenido y trámite de la oposición

Es indudable, en virtud de la esencialidad de la función circulatoria en la disciplina de los títulos valores, que en el eventual conflicto de intereses entre el portador desposeído (denunciante: art. 1871) y el actual legitimado de buena fe prevalecerán las razones de este último, por lo que la oposición habrá de ser desestimada.

La presunción de buena fe del tercero no se destruye por la pu-

¹⁰⁸⁷ Arts. 1852 y 1874, a cuyo comentario remitimos.

blicidad del auto de cancelación (art. 1873). Por ello, deducida la oposición, la presunción *iuris tantum* de titularidad que importa la legitimación del portador¹⁰⁸⁸ debe ser desvirtuada por el cancelante.

Resuelta la etapa contenciosa de la cancelación que tramitará por el proceso más breve previsto por la normativa aplicable, quedará definitivamente dirimido el conflicto de intereses entre el portador desposeído y el posterior adquirente, nuevo portador del título valor.

Si se hace lugar a la pretensión negativa del oponente, ninguna duda cabe acerca de la ineficacia definitiva del auto judicial de cancelación. En este supuesto, el oponente tiene el derecho a recuperar el título valor presentado para ejercer su derecho y a ejercer las acciones propias del cartular del modo que mejor convenga a sus intereses.

Si la oposición es rechazada, el portador desposeído (cancelante) tiene derecho a la entrega del título valor depositado en autos por el oponente.

Sin perjuicio de ello, reiteramos que más allá de la cancelación, quien no hubiera deducido oposición siempre tiene la acción de cobro explicada previamente (ver comentario al art. 1852).

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

PARÁGRAFO 4º

SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN
DE LOS LIBROS DE REGISTRO

Art. 1876 Denuncia. Si se trata de títulos valores nominativos o títulos valores no cartulares, incluso los ingresados a sistemas de anotaciones en cuenta según el artículo 1836, la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro respectivo, incluso cuando son llevados por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros, debe ser denunciada por el emisor o por quien lo lleva en su nombre, dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho.

¹⁰⁸⁸ Ver comentario al art. 1819.

La denuncia debe efectuarse ante el juez del domicilio del emisor, con indicación de los elementos necesarios para juzgarla y contener los datos que puede aportar el denunciante sobre las constancias que incluía el libro.

Copias de la denuncia deben ser presentadas en igual término al organismo de contralor societario, al organismo de contralor de los mercados de valores y a las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación y cajas de valores respectivos, en su caso.

I) Resumen

Los artículos 1876 a 1881 del Código establecen el procedimiento aplicable a la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro de títulos valores nominativos o no cartulares. El artículo 1876 prevé el paso inicial del proceso, mediante la denuncia del emisor o responsable del registro.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); desmaterialización y anotaciones en cuenta para títulos valores cartulares (art. 1836); títulos nominativos (art. 1847); títulos nominativos no endosables (art. 1849); títulos valores no cartulares (art. 1850).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Importancia del libro de registro para los títulos valores nominativos y los títulos valores no cartulares*

Sin perjuicio de sus notas distintivas, es común a los títulos valores nominativos (endosables o no endosables) y a los títulos valores cartulares que adopten la modalidad prevista por el artículo 1836 del Código¹⁰⁸⁹, la relevancia del registro como paso necesario para la adquisición del derecho¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ Recordamos que la norma referida, en lo que ahora interesa y sin perjuicio de remitir a su comentario, prevé que "Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y

Por ello la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro plantea la necesidad de prever un mecanismo (ausente en la legislación derogada) orientado a permitir la acreditación del carácter de titular del título valor, la legitimación para el ejercicio de los derechos propios del título valor, y mantener la potencialidad circulatoria natural a la categoría jurídica.

III.2) *Contenido de la norma*

El artículo 1876 establece los pasos iniciales a seguir ante la ausencia del libro de registro (con independencia de su modalidad de llevado o administración): se debe realizar la denuncia judicial ante el juez del domicilio del emisor, aportando la información disponible para la reconstrucción del contenido dentro de las 24 horas de conocido el hecho.

Copias de la denuncia tienen que presentarse (según corresponda) ante el ente de control societario general, el competente en el ámbito de la oferta pública, las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación y cajas de valores respectivos.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1877 *Publicaciones.* Recibida la denuncia, el juez ordena la publicación de edictos por cinco días en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en la República para citar a quienes pretenden derechos sobre los títulos valores respectivos, para que se presenten dentro de los treinta días al perito contador que se designe, para alegar y probar cuanto estimen pertinente, bajo apercibimiento de resolverse con las constancias que se agreguen a las actuaciones. Los edictos deben contener los elementos necesarios para identificar al emisor, los

circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta".

¹⁰⁹⁰ Ver comentario a los arts. 1847, 1849 y 1850.

títulos valores a los que se refiere el registro y las demás circunstancias que el juez considere oportunas, así como las fechas para ejercer los derechos a que se refiere el artículo 1878. Si el emisor tiene establecimientos en distintas jurisdicciones judiciales, los edictos se deben publicar en cada una de ellas. Si el emisor ha sido autorizado a la oferta pública de los títulos valores a los que se refiere el registro, la denuncia debe hacerse conocer de inmediato al organismo de contralor de los mercados de valores y a las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en los que se negocien, debiéndose publicar edictos en los boletines respectivos. Si los títulos valores han sido colocados o negociados públicamente en el exterior, el juez debe ordenar las publicaciones o comunicaciones que estime apropiadas.

I) Resumen

La norma prevé el régimen de publicaciones obligatorias que siguen a la denuncia formulada conforme el artículo 1876.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); desmaterialización y anotaciones en cuenta (art. 1836); títulos nominativos (art. 1847); títulos nominativos no endosables (art. 1849); títulos valores no cartulares (art. 1850); denuncia (art. 1876).

III) Interpretación de la norma

Cumplida la denuncia judicial (art. 1876), se debe llevar a cabo la difusión necesaria a efectos de permitir el conocimiento de quienes pudieran alegar algún derecho vinculado con el libro de registro objeto del proceso.

La publicidad debe cumplir con las siguientes previsiones de la norma:

- a) Realizarse por 5 días en el Boletín Oficial y un diario de amplia circulación en la Argentina.

- b) Si el emisor tiene diferentes establecimientos en el país, la publicación debe realizarse también en esos lugares. Si los títulos valores afectados tuvieren oferta pública en la Argentina, la difusión se hará también en los boletines informativos de los mercados¹⁰⁹¹.
- c) Para el caso de colocación o cotización de los títulos valores en el exterior, corresponde al juez determinar las comunicaciones o publicidad adicional necesarias.
- d) Se debe incorporar en la publicidad legal la información del emisor y de los títulos valores, indicándose además las fechas para ejercitar los derechos previstos en el artículo 1878 y la identificación del perito contador designado judicialmente.

Nótese que la publicidad exigida por la norma es más amplia que la que se prevé en los supuestos de cancelación de títulos valores (arts. 1857 y 1873 del Código), lo que es razonable atento a la mayor amplitud potencial de afectados por la carencia de libro de registro¹⁰⁹².

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1878 Trámite. Las presentaciones se efectúan ante el perito contador designado por el juez. Se aplica el procedimiento de la verificación de créditos en los concursos, incluso en cuanto a los efectos de las resoluciones, los recursos y las presentaciones tardías.

Las costas ordinarias del procedimiento son soportadas solidariamente por el emisor y por quien llevaba el libro, sin perjuicio de la repetición entre ellos.

¹⁰⁹¹ Sin perjuicio de la previsión legal, es frecuente en el ámbito de la oferta pública que el libro de registro se lleve vía caja de valores, y atento a la presencia de sistemas de seguridad y *backups*, la probabilidad de ocurrencia del supuesto mencionado es remota.

¹⁰⁹² La totalidad de los titulares de los títulos valores, y también quienes tuvieran derechos objeto de registro: ver art. 1822 del Código.

I) Resumen

La norma, con remisión a la legislación concursal, determina el trámite a seguir por los terceros que aleguen algún derecho vinculado con el libro de registro.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); denuncia (art. 1876); publicidad (art. 1877). Ley 24.522, verificación de créditos (arts. 32 y ss.).

III) Interpretación de la norma**III.1) Procedimiento aplicable. Normas de la legislación concursal**

La existencia de títulos valores en serie permite suponer la existencia de una multiplicidad de sujetos que podrían alegar su carácter de titular, u otro derecho objeto de registro en el libro denunciado (arts. 1822 y 1876 del Código).

En lugar de prever un trámite detallado, el Código opta por remitir a un marco en el cual, de análoga manera, es necesario determinar y reconocer derechos de un conjunto de personas: la verificación de créditos en el concurso preventivo.

Si bien pueden quedar algunas dudas acerca de la aplicación particular de algunas normas de la ley concursal¹⁰⁹³, los lineamientos básicos para el proceso en análisis son los siguientes:

- a) La pretensión de verificación debe presentarse ante el perito contador designado judicialmente, dentro del plazo de 30 días. La presentación posterior es posible, con los límites del artículo 56 de la ley 24.522¹⁰⁹⁴, y normalmente, cargando con las costas correspondientes.

¹⁰⁹³ Por ejemplo, la obligatoriedad del pago del arancel previsto por el último párrafo del art. 32 de la ley 24.522.

¹⁰⁹⁴ Dos años, contados en nuestra opinión desde el inicio del trámite con la denuncia del art. 1876, con la consecuencia de prescripción en caso de no presentación en tiempo útil.

- b) La legitimación para presentarse ante el perito contador se rige por las reglas generales, incluyendo las soluciones particulares del artículo 32 bis de la ley 24.522¹⁰⁹⁵.
- c) El perito contador cuenta con las facultades de información del artículo 33 de la ley 24.522 (adaptadas a las circunstancias de la norma en estudio), debiendo conformar los legajos individuales.
- d) Se aplica el régimen de impugnaciones y observaciones del artículo 34 de la ley 24.522, y lo previsto para el informe individual y resolución judicial (arts. 35 y 36, ley 24.522).
- e) La resolución judicial que acepta la pretensión de registro, sin haber mediado observaciones del perito contador, u otros terceros participantes, hace cosa juzgada, salvo dolo (art. 37, ley 24.522)¹⁰⁹⁶.
- f) La resolución judicial que acepta la pretensión de registro, con dictamen desfavorable del perito contador u observaciones de terceros participantes, puede ser revisada por la vía incidental, iniciada dentro de los 20 días siguientes a la fecha de la resolución judicial (art. 37, ley 24.522). En ausencia de incidente, también se produce el efecto de cosa juzgada, salvo dolo.

III.2) Costas del procedimiento

La norma en análisis establece que las costas ordinarias del procedimiento son soportadas solidariamente por el emisor y por quien llevaba el libro de registro, sin perjuicio de la repetición entre ellos.

¹⁰⁹⁵ La norma establece: "Verificación por fiduciarios y otros sujetos legitimados. La verificación de los créditos puede ser solicitada por el fiduciario designado en emisiones de debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables u otros títulos emitidos en serie; y por aquel a quien se haya investido de la legitimación o de poder de representación para actuar por una colectividad de acreedores. La extensión de las atribuciones del fiduciario, del legitimado o del representante se juzgará conforme a los contratos o documentos en función de los cuales haya sido investido de la calidad de fiduciario, legitimado o representante. No se exigirá ratificación ni presentación de otros poderes".

¹⁰⁹⁶ Las acciones por dolo tramitan por vía ordinaria ante el juzgado del trámite en curso, y caducan a los 90 días de la fecha en que se dictó la resolución judicial indicada (arg. art. 38, ley 24.522).

La solidaridad se refiere al caso de existir un tercero que lleve el libro de registro¹⁰⁹⁷.

El carácter de ordinarias incluye la tasa judicial, honorarios del perito contador, pero excluye las costas propias de una presentación tardía del tercero, o las correspondientes a las instancias de revisión de la resolución judicial sobre las pretensiones de registro.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1879 *Nuevo libro.* El juez debe disponer la confección de un nuevo libro de registro, en el que se asienten las inscripciones que se ordenen por sentencia firme.

I) Resumen

La norma prevé la confección de un nuevo libro de registro para reemplazar al denunciado, en el que se inscribirán los asientos correspondientes a lo resuelto conforme el artículo 1878 del Código.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); denuncia (art. 1876); publicidad (art. 1877); trámite (art. 1878). Ley 24.522, efectos de la resolución en la verificación de créditos (arts. 36 y 37).

III) Interpretación de la norma

El objetivo del procedimiento establecido por los artículos 1876 y siguientes es reemplazar el libro de registro destruido, sustraído o perdido. Para ello ha de cumplirse con la publicidad legal (art. 1877) y trámite (art. 1878).

Finalizado el trámite ordinario equiparable a la verificación de cré-

¹⁰⁹⁷ Ver, por ejemplo, lo previsto para esta cuestión por el art. 209 de la ley 19.550.

ditos, sin necesidad de concluir eventuales instancias de revisión, el juez debe ordenar la elaboración de un nuevo libro de registro.

Allí deberán asentarse los derechos de los terceros que participaron del trámite que:

- a) No hubieran recibido observaciones del perito contador o terceros, y hubieren sido aceptados por el juez interviniente.
- b) Los observados, que no hubieran sido objeto de incidente de revisión.
- c) Los observados y objeto de incidente de revisión, resuelto reconociendo el derecho, una vez firme la sentencia correspondiente.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1880 *Ejercicio de derechos.* El juez puede conceder a los presentantes el ejercicio cautelar de los derechos emergentes de los títulos valores antes de la confección del nuevo libro, en su caso, antes de que se dicte o quede firme la sentencia que ordena la inscripción respecto de un título valor determinado, conforme a la verosimilitud del derecho invocado y, de estimarlo necesario, bajo la caución que determine. En todos los casos, el emisor debe depositar a la orden del juez las prestaciones de contenido patrimonial que sean exigibles.

I) Resumen

La norma concede a quien se hubiera presentado ante el perito contador la posibilidad de un ejercicio cautelar o provisorio de sus derechos.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); entrega de prestaciones dinerarias (art. 1863); caución (art. 1864); denuncia (art. 1876); publicidad (art. 1877); trámite (art. 1878).

III) Interpretación de la norma

Aunque el derecho del tercero que participa del procedimiento previsto por los artículos 1876 y siguientes dependa para su reconocimiento final de la sentencia (art. 1878) y el registro consiguiente (art. 1879), el artículo 1880 del Código permite con naturaleza cautelar (de allí la referencia normativa a la verosimilitud del derecho y el otorgamiento de caución, si el juez la considera necesaria) el ejercicio de derechos emergentes del título valor.

Adicionalmente, y en consonancia con lo previsto por el artículo 1863 para los títulos valores en serie, el emisor no puede retener las prestaciones dinerarias que resulten exigibles bajo pretexto de la ausencia del libro de registro, debiendo depositar el importe correspondiente a la orden del juez interviniente.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

Art. 1881 *Medidas especiales.* La denuncia de sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro autoriza al juez, a pedido de parte interesada y conforme a las circunstancias del caso, a disponer una intervención cautelar o una veeduría respecto del emisor y de quien llevaba el libro, con la extensión que estima pertinente para la adecuada protección de quienes resultan titulares de derechos sobre los títulos valores registrados. Puede, también, ordenar la suspensión de la realización de asambleas, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen.

I) Resumen

La norma permite la adopción de medidas cautelares respecto del emisor y el eventual agente de registro responsable del libro, a pedido de tercero interesado.

II) Concordancias

Incorporación (art. 1815); denuncia (art. 1876); ejercicio cautelar de derechos (art. 1880); trámite (art. 1878). Ley 19.550 (arts. 114 y ss.).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1881 presenta algunos puntos de contacto con las previsiones generales de intervención judicial en las sociedades (arts. 114 y ss., ley 19.550).

Sin embargo, no son situaciones plenamente equivalentes, con lo cual la norma en estudio permite la adopción de medidas cautelares en atención a la gravedad que importa la ausencia del libro de registro (arts. 1847, 1849 y 1850 del Código), sin necesidad de cumplir con los recaudos particulares de la legislación societaria.

No se trata de una consecuencia automática, sino que se requiere la petición de tercero interesado (quien se ve afectado por la falta del libro de registro), y la valoración prudencial del juez acerca de la necesidad de su otorgamiento.

La norma permite un margen de decisión amplio para el juez competente, que podrá otorgar medidas de menor (veeduría) o mayor alcance (intervención), según las circunstancias del caso. En ese marco, y con carácter excepcional, podría resolverse la suspensión de la realización de asambleas:

La resolución cautelar puede dictarse respecto del emisor, o, en caso de existir, alcanzar al tercero a cargo del libro de registro.

La pauta de apreciación judicial no se vincula con el daño al emisor (caso de las cautelares en materia societaria), sino con la necesidad de prevenir un perjuicio para el tercero que alega la titularidad de un derecho objeto de registro en el libro sustraído, perdido o destruido.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1815, punto IV.

ÍNDICE SUMARIO

CAPÍTULO 26

CESIÓN DE DERECHOS

Introducción. La cesión de derechos en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	9
--	---

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1614 – Definición	10
I) Resumen	10
II) Concordancias	11
III) Interpretación de la norma	11
III.1) La cesión en el Derecho Romano y en el sistema jurídico romanista	11
III.2) La cesión de derechos. Metodología del Código	13
III.3) La definición de la cesión	14
III.4) La importancia de la figura	16
IV) Significado de la reforma	17
Art. 1615 – Cesión en garantía	18
I) Resumen	18
II) Concordancias	18
III) Interpretación de la norma	18
III.1) Naturaleza presumida de la cesión de créditos en garantía	18
III.2) Efectos frente a terceros	21
IV) Significado de la reforma	21
Art. 1616 – Derechos que pueden ser cedidos	22

Art. 1617 – <i>Prohibición</i>	22
I) Resumen	22
II) Concordancias	22
III) Interpretación de las normas	23
III.1) El principio general relativo al objeto de la cesión	23
III.2) Prohibición de ceder derivada del acuerdo de partes	25
III.3) Prohibición de ceder derivada de la ley	26
III.4) Prohibición derivada de la naturaleza del derecho	27
III.5) Los “derechos inherentes a la persona humana”	27
IV) Significado de la reforma	29
Art. 1618 – <i>Forma</i>	29
I) Resumen	30
II) Concordancias	30
III) Interpretación de la norma	30
III.1) La regla general sobre la forma del contrato de cesión y sus excepciones	30
III.2) Las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la forma exigida	31
IV) Significado de la reforma	32
Art. 1619 – <i>Obligaciones del cedente</i>	32
I) Resumen	32
II) Concordancias	33
III) Interpretación de la norma	33
III.1) Los efectos del contrato de cesión. Las obligaciones del cedente y del cesionario	33
III.2) Momento desde el que opera la transferencia del derecho al cesionario	34
III.3) Alcances de la transferencia del derecho	35
IV) Significado de la reforma	36
Art. 1620 – <i>Efectos respecto de terceros</i>	36
Art. 1621 – <i>Actos anteriores a la notificación de la cesión</i>	36
Art. 1622 – <i>Concurrencia de cesionarios</i>	36
Art. 1623 – <i>Concurso o quiebra del cedente</i>	36
I) Resumen	37
II) Concordancias	37
III) Interpretación de las normas	37
III.1) Los terceros en el contrato de cesión	37

III.2) Los efectos de la cesión respecto de terceros: la notificación al cedido. El alcance del artículo 1620	39
III.3) Actos anteriores a la notificación de la cesión. El artículo 1621	42
III.4) Conflictos entre cesionarios sucesivos. El artículo 1622 y el artículo 1626	43
III.5) Conflictos entre cesionario y acreedores del cedente. El artículo 1623	44
IV) Significado de la reforma	45
Art. 1624 – <i>Actos conservatorios</i>	46
I) Resumen	46
II) Concordancias	46
III) Interpretación de la norma	47
IV) Significado de la reforma	48
Art. 1625 – <i>Cesión de crédito prendario</i>	48
I) Resumen	48
II) Concordancias	48
III) Interpretación de la norma	49
IV) Significado de la reforma	49
Art. 1626 – <i>Cesiones realizadas el mismo día</i>	49
Art. 1627 – <i>Cesión parcial</i>	49
I) Resumen	50
II) Concordancias	50
III) Interpretación de la norma	50
IV) Significado de la reforma	51
Art. 1628 – <i>Garantía por evicción</i>	51
Art. 1629 – <i>Cesión de derecho inexistente</i>	51
Art. 1630 – <i>Garantía de la solvencia del deudor</i>	51
Art. 1631 – <i>Reglas subsidiarias</i>	51
I) Resumen	51
II) Concordancias	52
III) Interpretación de las normas	52
III.1) La garantía legal por evicción en la cesión	53
III.2) Los supuestos excluidos de la responsabilidad por evicción	54
III.3) Los efectos de la garantía legal del derecho cedido. El artículo 1629	55
III.4) Renuncia o modificación de la garantía	57

III.5) La garantía de la solvencia del deudor en la cesión de créditos. Los artículos 1628 y 1630	57
IV) Significado de la reforma.	58

SECCIÓN 2ª

CESIÓN DE DEUDAS

Art. 1632 – Cesión de deuda	59
Art. 1633 – Asunción de deuda	59
Art. 1634 – Conformidad para la liberación del deudor	59
Art. 1635 – Promesa de liberación	59
I) Resumen	59
II) Concordancias	60
III) Interpretación de las normas	60
III.1) Noción y elementos tipificantes de los diversos tipos de contratos transmisivos de deudas o cesión de deudas <i>lato sensu</i>	60
III.2) Conformidad del acreedor: modalidades	62
III.3) El contrato de cesión de deuda <i>stricto sensu</i>	62
III.3.A) Efectos de la cesión de deuda con liberación del deudor	63
III.3.B) Efectos de la cesión de deuda sin liberación del deudor	64
III.4) El contrato de asunción de deuda	65
III.5) Promesa de liberación. Principio general. Excepción	66
IV) Significado de la reforma.	67

CAPÍTULO 27

CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL

Art. 1636 – Transmisión	68
I) Resumen	68
II) Concordancias	68
III) Interpretación de la norma	69
III.1) Metodología	69
III.2) Concepto, caracterización y estructura del negocio	69
III.3) Ámbito de aplicación de la figura	71

III.4) Elementos esenciales particulares del contrato	72
III.4.A) Transmisión de la posición contractual	72
III.4.B) Conformidad o aceptación del cedido	72
IV) Significado de la reforma.	74
Art. 1637 – Efectos	74
Art. 1638 – Defensas	74
Art. 1639 – Garantía	74
Art. 1640 – Garantías de terceros	75
I) Resumen	75
II) Concordancias	76
III) Interpretación de las normas	76
III.1) Efectos entre cedente y cesionario	76
III.2) Efectos entre cedido y cedente	78
III.3) Efectos entre cedido y cesionario	79
IV) Significado de la reforma.	80

CAPÍTULO 28

TRANSACCIÓN

Art. 1641 – Concepto	81
I) Resumen	81
II) Concordancias	82
III) Interpretación de la norma	82
III.1) Naturaleza jurídica	82
III.2) Concepto	83
III.3) Elementos tipificantes	84
IV) Significado de la reforma.	86
Art. 1642 – Caracteres y efectos	87
I) Resumen	87
II) Concordancias	87
III) Interpretación de la norma	87
III.1) Los efectos de cosa juzgada de la transacción	87
III.2) Interpretación restrictiva	89
IV) Significado de la reforma.	89
Art. 1643 – Forma	90
I) Resumen	90

II) Concordancias	91
III) Interpretación de la norma	91
III.1) Forma de la transacción	91
III.2) Forma de la transacción judicial	92
IV) Significado de la reforma	93
Art. 1644 – Prohibiciones	93
I) Resumen	94
II) Concordancias	94
III) Interpretación de la norma	94
III.1) El objeto de la transacción. Límites	94
IV) Significado de la reforma	96
Art. 1645 – Nulidad de la obligación transada	96
I) Resumen	97
II) Concordancias	97
III) Interpretación de la norma	97
IV) Significado de la reforma	98
Art. 1646 – Sujetos	99
I) Resumen	99
II) Concordancias	99
III) Interpretación de la norma	100
III.1) Capacidad y legitimación para transar	100
III.1.A) Limitaciones vinculadas a la capacidad para enajenar los derechos objeto de transacción	100
III.1.B) Limitaciones que alcanzan a los padres, tutores y curadores respecto de las cuentas de su gestión	101
III.1.C) Limitaciones que alcanzan a los albaceas respecto de derechos y obligaciones que confiere el testamento	101
IV) Significado de la reforma	102
Art. 1647 – Nulidad	103
I) Resumen	103
II) Concordancias	103
III) Interpretación de la norma	104
III.1) Nulidad de la transacción derivada de la invocación de títulos total o parcialmente inexistentes o ineficaces	104
III.2) Nulidad por ignorancia de la existencia de un título mejor con relación al derecho objeto de transacción	105

III.3) Nulidad de la transacción referida a un litigio resuelto por sentencia firme	106
IV) Significado de la reforma	107
Art. 1648 – Errores aritméticos	107
I) Resumen	107
II) Concordancias	108
III) Interpretación de la norma	108
IV) Significado de la reforma	108

CAPÍTULO 29

CONTRATO DE ARBITRAJE

Introducción. El contrato de arbitraje en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	109
Art. 1649 – Definición	111
I) Resumen	111
II) Concordancias	112
II.1) Otras normas relacionadas con el arbitraje	112
III) Interpretación de la norma	113
III.1) La realidad social y el arbitraje	113
III.2) En orden a la caracterización del arbitraje	114
III.3) El carácter jurisdiccional	115
III.4) Arbitraje internacional	117
IV) Significado de la reforma	119
IV.1) La visualización contractual en el actual ordenamiento	119
IV.2) El arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos	120
Art. 1650 – Forma	123
I) Resumen	123
II) Concordancias	123
III) Interpretación de la norma	124
IV) Significado de la reforma	124
Art. 1651 – Controversias excluidas	126
I) Resumen	126
II) Concordancias	127
III) Interpretación de la norma	127
IV) Significado de la reforma	130

Art. 1652 – Clases de arbitraje	130
I) Resumen	131
II) Concordancias	131
III) Interpretación de la norma	131
IV) Significado de la reforma	132
Art. 1653 – Autonomía	133
I) Resumen	133
II) Concordancias	134
III) Interpretación de la norma	134
III.1) La autonomía de la voluntad: la <i>lex mercatoria</i>	134
Art. 1654 – Competencia	137
I) Resumen	137
II) Concordancias	138
III) Interpretación de la norma	138
IV) Significado de la reforma	139
Art. 1655 – Dictado de medidas previas	139
I) Resumen	140
II) Interpretación de la norma	140
III) Significado de la reforma	141
Art. 1656 – Efectos. Revisión de los laudos arbitrales	142
I) Resumen	142
II) Concordancias	143
III) Interpretación de la norma	143
III.1) La fuerza vinculante del laudo arbitral	143
III.2) La posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la inconstitucionalidad de una norma	144
IV) Significado de la reforma	146
Art. 1657 – Arbitraje institucional	147
I) Resumen	147
II) Concordancias	148
III) Interpretación de la norma	148
IV) Significado de la reforma	150
Art. 1658 – Cláusulas facultativas	150
I) Resumen	150
II) Concordancias	152
III) Interpretación de la norma	152

Art. 1659 – Designación de los árbitros	153
I) Resumen	154
II) Concordancias	155
III) Interpretación de la norma	155
Art. 1660 – Calidades de los árbitros	156
I) Resumen	156
II) Concordancias	156
III) Interpretación de la norma	156
IV) Significado de la reforma	158
Art. 1661 – Nulidad	158
I) Resumen	158
II) Concordancias	159
III) Interpretación de la norma	159
Art. 1662 – Obligaciones de los árbitros	159
I) Resumen	160
II) Concordancias	161
III) Interpretación de la norma	161
IV) Significado de la reforma	163
Art. 1663 – Recusación de los árbitros	163
I) Resumen	163
II) Concordancias	164
III) Interpretación de la norma	164
Art. 1664 – Retribución de los árbitros	164
I) Resumen	165
II) Concordancias	165
III) Interpretación de la norma	165
Art. 1665 – Extinción de la competencia de los árbitros	166
I) Resumen	166
II) Concordancias	167
III) Interpretación de la norma	167

CAPÍTULO 3º

CONTRATO DE FIDEICOMISO

Introducción. El fideicomiso en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	169
--	-----

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1666 – Definición	170
I) Resumen	170
II) Concordancias	170
III) Interpretación de la norma	171
III.1) La regulación del fideicomiso en el Código: una mejor ordenación de la materia	171
III.2) Definición del contrato de fideicomiso	171
III.3) Los fines perseguidos con la constitución del fideicomiso	172
IV) Significado de la reforma	173
Art. 1667 – Contenido	173
I) Resumen	173
II) Concordancias	173
III) Interpretación de la norma	174
III.1) La individualización de los bienes objeto del contrato (incs. a y b) ..	174
III.2) Las modalidades del fideicomiso	174
III.3) La designación del beneficiario	175
III.4) El destino final de los bienes	175
III.5) Derechos y obligaciones del fiduciario, y el modo de sustitución ..	175
IV) Significado de la reforma	176
Art. 1668 – Plazo. Condición	176
I) Resumen	177
II) Concordancias	177
III) Interpretación de la norma	177
III.1) Duración máxima	177
III.2) Excepción a la duración máxima: beneficiarios incapaces o con capacidad restringida	178
III.3) Cómputo del plazo	178
III.4) Entrega al fideicomisario	178
IV) Significado de la reforma	178
Art. 1669 – Forma	178
I) Resumen	179
II) Concordancias	179
III) Interpretación de la norma	179
III.1) Libertad de formas	179

III.2) Inscripción en el Registro Público	179
III.3) Transferencia de bienes que requieren instrumento público	180
III.4) Incorporación al fideicomiso de bienes cuya transferencia requiere instrumento público	180
IV) Significado de la reforma	181
Art. 1670 – Objeto	181
I) Resumen	181
II) Concordancias	182
III) Interpretación de la norma	182
III.1) Bienes que pueden transferirse al fideicomiso	182
III.2) Requisitos para la transferencia	182
III.3) Universalidades	183
III.4) Subsistencia de la prohibición de transferir herencias futuras	183
IV) Significado de la reforma	184

SECCIÓN 2ª

SUJETOS

Art. 1671 – Beneficiario	184
I) Resumen	185
II) Concordancias	185
III) Interpretación de la norma	185
III.1) El beneficiario	185
III.2) Designación de beneficiario	185
III.3) Beneficiario a designar	186
III.4) Cualquier parte del negocio puede ser beneficiario	187
III.5) Pluralidad de beneficiarios	187
III.6) Falta de beneficiario	187
III.7) Transmisibilidad del derecho del beneficiario	187
IV) Significado de la reforma	187
Art. 1672 – Fideicomisario	188
I) Resumen	188
II) Concordancias	188
III) Interpretación de la norma	188
III.1) El fideicomisario	188
III.2) Designación del fideicomisario	188
III.3) Falta de designación	189

III.4) Falta de fideicomisario	189
III.5) El fiduciario no puede ser fideicomisario	189
IV) Significado de la reforma	190
Art. 1673 – Fiduciario	190
I) Resumen	190
II) Concordancias	191
III) Interpretación de la norma	191
III.1) El fiduciario	191
III.2) Fiduciario con actuación pública	191
III.3) El fiduciario puede ser beneficiario	192
III.4) Pauta de conducta para el fiduciario-beneficiario	193
IV) Significado de la reforma	194
Art. 1674 – Pauta de actuación. Solidaridad	194
I) Resumen	194
II) Concordancias	194
III) Interpretación de la norma	195
III.1) El estándar de conducta a cumplir por el fiduciario	195
III.2) La regla de la solidaridad entre los fiduciarios plurales	196
IV) Significado de la reforma	196
Art. 1675 – Rendición de cuentas	196
I) Resumen	196
II) Concordancias	197
III) Interpretación de la norma	197
III.1) Obligación de rendir cuentas	197
III.2) Obligación de llevar contabilidad	197
III.3) Otros supuestos	198
III.4) Incumplimiento de la obligación de rendir cuentas	198
IV) Significado de la reforma	198
Art. 1676 – Dispensas prohibidas	198
I) Resumen	199
II) Concordancias	199
III) Interpretación de la norma	199
III.1) Prohibición de dispensar la obligación de rendir cuentas	199
III.2) Prohibición de dispensa de la responsabilidad que puede caber al fiduciario, o sus dependientes, por su actuar culposo o doloso	200
III.3) Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos	200
IV) Significado de la reforma	200

Art. 1677 – Reembolso de gastos. Retribución	200
I) Resumen	200
II) Concordancias	201
III) Interpretación de la norma	201
III.1) Gratuidad y determinación en el contrato de fideicomiso de régimen de gastos y honorarios	201
III.2) Determinación de los honorarios por el juez	201
IV) Significado de la reforma	202
Art. 1678 – Cese del fiduciario	202
I) Resumen	203
II) Concordancias	203
III) Interpretación de la norma	203
III.1) Cesación por remoción judicial del fiduciario	203
III.2) Incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana	205
III.3) Disolución de la persona jurídica	205
III.4) Quiebra o liquidación	205
III.5) Renuncia del fiduciario	205
III.6) Causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función	206
IV) Significado de la reforma	206
Art. 1679 – Sustitución del fiduciario	207
I) Resumen	207
II) Concordancias	208
III) Interpretación de la norma	208
III.1) Designación del fiduciario sustituto en el contrato	208
III.2) Designación de fiduciario sustituto por vía judicial	209
III.3) Muerte del fiduciario. Innecesariedad de intervención judicial para la transferencia de los bienes fideicomitidos	209
III.4) Designación de fiduciario en caso de incapacidad y disolución, quiebra o liquidación de la persona jurídica	209
III.5) Medidas cautelares	210
III.6) Transferencia de los bienes al sustituto. Títulos suficientes. Rogación	210
IV) Significado de la reforma	210
Art. 1680 – Fideicomiso en garantía	211
I) Resumen	211

II) Concordancias	211
III) Interpretación de la norma	211
III.1) El fideicomiso con fines de garantía	211
III.2) El funcionamiento de la garantía. El contrato	212
III.3) Facultades concedidas por la ley. Aplicación de rentas dinerarias. ...	212
III.4) Facultades concedidas por la ley. Procedimiento para la liquidación de la garantía	213
IV) Significado de la reforma	213
Art. 1681 – Aceptación del beneficiario y del fideicomisario. Fraude	213
I) Resumen	214
II) Concordancias	214
III) Interpretación de la norma	214
III.1) Aceptación de los beneficios	214
III.2) Requerimiento de aceptación por el fiduciario	215
III.3) Acciones de cumplimiento de contrato y revocación de actos en fraude de los derechos de beneficiario y fideicomisario	215
IV) Significado de la reforma	215

SECCIÓN 3ª

EFFECTOS

Art. 1682 – Propiedad fiduciaria	216
I) Resumen	216
II) Concordancias	216
III) Interpretación de la norma	217
III.1) El fiduciario es propietario fiduciario de los bienes fideicomitidos. ...	217
III.2) La propiedad fiduciaria, una propiedad con características particulares	217
III.3) Normas que rigen la propiedad fiduciaria	217
IV) Significado de la reforma	218
Art. 1683 – Efectos frente a terceros	218
I) Resumen	218
II) Concordancias	219
III) Interpretación de la norma	219
III.1) Efectos entre las partes	219
III.2) Efectos frente a terceros	219
IV) Significado de la reforma	220

Art. 1684 – Registración. Bienes incorporados	220
I) Resumen	220
II) Concordancias	221
III) Interpretación de la norma	221
III.1) Toma de razón en los registros correspondientes	221
III.2) Principio de subrogación real: los frutos, productos y bienes que ingresan al fideicomiso son propiedad fiduciaria	221
III.3) Inscripción del carácter fiduciario de los bienes subrogantes	222
IV) Significado de la reforma	222
Art. 1685 – Patrimonio separado. Seguro	222
I) Resumen	223
II) Concordancias	223
III) Interpretación de la norma	223
III.1) El principio de separación patrimonial	223
III.2) La ruptura con el principio de unicidad del patrimonio	223
III.3) La obligación de contratar seguros de responsabilidad civil por daños causados por las cosas que constituyen el patrimonio	225
III.4) Características del seguro a contratar	225
III.5) Responsabilidad por falta de contratación de seguro	226
IV) Significado de la reforma	226
Art. 1686 – Acción por acreedores	226
I) Resumen	227
II) Concordancias	227
III) Interpretación de la norma	227
III.1) Imposibilidad de agresión patrimonial por parte de los acreedores del fiduciario	227
III.2) Acciones de los acreedores del fiduciante	227
III.3) Subrogación de los derechos de beneficiario y fideicomisario	228
IV) Significado de la reforma	228
Art. 1687 – Deudas. Liquidación	228
I) Resumen	229
II) Concordancias	229
III) Interpretación de la norma	229
III.1) Irresponsabilidad del fiduciario	229
III.2) Responsabilidad del fiduciario, si se presentan los presupuestos de la responsabilidad civil	230

III.3) Irresponsabilidad del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario	230
III.4) Insuficiencia de los bienes	230
IV) Significado de la reforma	231
Art. 1688 – Actos de disposición y gravámenes	231
I) Resumen	232
II) Concordancias	232
III) Interpretación de la norma	232
III.1) Facultades del fiduciario. Principio	232
III.2) Límite teleológico (transmisión requerida por los fines del fideicomiso)	233
III.3) Límite técnico (necesidad de consentimiento del fiduciante o del beneficiario)	235
III.4) Otras limitaciones contractuales	236
III.5) Extensión de las facultades del fiduciario	237
III.6) Existencia de varios fiduciarios. Imposibilidad de pedir la partición	237
IV) Significado de la reforma	237
Art. 1689 – Acciones	238
I) Resumen	238
II) Concordancias	238
III) Interpretación de la norma	238
III.1) Ejercicio de acciones por el fiduciario	238
III.2) Subrogación en el ejercicio de las acciones	239
IV) Significado de la reforma	239

SECCIÓN 4ª

FIDEICOMISO FINANCIERO

Art. 1690 – Definición	239
I) Resumen	239
II) Concordancias	240
III) Interpretación de la norma	240
IV) Significado de la reforma	240
Art. 1691 – Títulos valores. Ofertas al público	240
I) Resumen	241
II) Concordancias	241

III) Interpretación de la norma	241
IV) Significado de la reforma	241
Art. 1692 – Contenido del contrato de fideicomiso financiero	242
I) Resumen	242
II) Concordancias	242
III) Interpretación de la norma	242
IV) Significado de la reforma	243

SECCIÓN 5ª

CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN Y TÍTULOS DE DEUDA

Art. 1693 – Emisión y caracteres. Certificados globales	243
I) Resumen	243
II) Concordancias	244
III) Interpretación de la norma	244
III.1) Posibilidad de emisión de títulos valores atípicos	244
III.2) Certificados de participación y títulos de deuda	244
IV) Significado de la reforma	245
Art. 1694 – Clases. Series	245
I) Resumen	245
II) Concordancias	245
III) Interpretación de la norma	245
IV) Significado de la reforma	246

SECCIÓN 6ª

ASAMBLEAS DE TENEDORES DE TÍTULOS REPRESENTATIVOS DE DEUDA O CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN

Art. 1695 – Asambleas	246
I) Resumen	246
II) Concordancias	247
III) Interpretación de la norma	247
III.1) Decisiones colectivas de los beneficiarios. Disposiciones contractuales y reglamentaciones especiales	247
III.2) Ausencia de disposiciones contractuales y reglamentaciones especiales. Supuestos generales	247
III.3) Mayorías en caso de insolvencia o reestructuración de pagos	248
IV) Significado de la reforma	248

Art. 1696 – <i>Cómputo</i>	248
I) Resumen	249
II) Concordancias	249
III) Interpretación de la norma	249
IV) Significado de la reforma	249

SECCIÓN 7ª

EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Art. 1697 – <i>Causales</i>	249
I) Resumen	250
II) Concordancias	250
III) Interpretación de la norma	250
III.1) Extinción por acaecimiento de la causal prevista en el contrato	250
III.2) Extinción por cumplimiento del plazo o cumplimiento del hecho condicionante	250
III.3) Revocación	251
IV) Significado de la reforma	251
Art. 1698 – <i>Efectos</i>	251
I) Resumen	251
II) Concordancias	251
III) Interpretación de la norma	252
IV) Significado de la reforma	252

SECCIÓN 8ª

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Art. 1699 – <i>Reglas aplicables</i>	252
I) Resumen	252
II) Concordancias	253
III) Interpretación de la norma	253
III.1) El testamento como fuente del fideicomiso. Forma y contenido	253
III.2) Normas aplicables al fideicomiso testamentario	253
III.3) Dos normas específicas: limitación a la legítima y fideicomisos a favor de incapaces	254
III.4) Cómputo del plazo máximo	254
IV) Significado de la reforma	255

Art. 1700 – <i>Nulidad</i>	255
I) Resumen	255
II) Concordancias	255
III) Interpretación de la norma	255
IV) Significado de la reforma	256

CAPÍTULO 31

DOMINIO FIDUCIARIO

Art. 1701 – <i>Dominio fiduciario. Definición</i>	256
I) Resumen	256
II) Concordancias	257
III) Interpretación de la norma	257
III.1) La regulación del dominio fiduciario como un capítulo del título de los contratos	257
III.2) El dominio fiduciario. Características	257
IV) Significado de la reforma	258
Art. 1702 – <i>Normas aplicables</i>	258
I) Resumen	258
II) Concordancias	259
III) Interpretación de la norma	259
IV) Significado de la reforma	259
Art. 1703 – <i>Excepciones a la normativa general</i>	259
I) Resumen	259
II) Concordancias	260
III) Interpretación de la norma	260
IV) Significado de la reforma	260
Art. 1704 – <i>Facultades</i>	260
I) Resumen	260
II) Concordancias	261
III) Interpretación de la norma	261
IV) Significado de la reforma	261
Art. 1705 – <i>Irretroactividad</i>	261
I) Resumen	261
II) Concordancias	262

III) Interpretación de la norma.....	262
III.1) Principio de irretroactividad.....	262
III.2) Los actos que sí son revocables y, por ello, opera el principio de retroactividad.....	262
IV) Significado de la reforma.....	263
Art. 1706 – Readquisición del dominio perfecto.....	263
I) Resumen.....	263
II) Concordancias.....	263
III) Interpretación de la norma.....	264
IV) Significado de la reforma.....	264
Art. 1707 – Efectos.....	264
I) Resumen.....	264
II) Concordancias.....	264
III) Interpretación de la norma.....	265
IV) Significado de la reforma.....	265

TÍTULO V

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDAD CIVIL

Fundamentos.....	267
------------------	-----

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1708 – Funciones de la responsabilidad.....	271
I) Resumen.....	271
II) Concordancias.....	272
III) Interpretación de la norma.....	272
III.1) La denominación: responsabilidad civil en vez de responsabilidad por daños.....	272
III.2) Las dos funciones: prevenir y reparar.....	274
IV) Significado de la reforma.....	276

Art. 1709 – Prelación normativa.....	290
I) Resumen.....	291
II) Concordancias.....	291
III) Interpretación de la norma.....	291
IV) Significado de la reforma.....	294

SECCIÓN 2ª

FUNCIÓN PREVENTIVA Y PUNICIÓN EXCESIVA

Art. 1710 – Deber de prevención del daño.....	294
I) Resumen.....	294
II) Concordancias.....	295
III) Interpretación de la norma.....	295
III.1) El régimen anterior y la subsistencia de normas.....	295
III.2) Jerarquía constitucional.....	297
III.3) Fundamentos.....	297
III.4) La prevención y el derecho a la seguridad.....	298
III.5) Descripción de la norma. Las acciones previstas.....	299
III.6) Requisitos de procedencia de la acción preventiva.....	303
III.7) Consecuencias del incumplimiento. El acto ilícito.....	304
IV) Significado de la reforma.....	304
Art. 1711 – Acción preventiva.....	305
I) Resumen.....	305
II) Concordancias.....	305
III) Interpretación de la norma.....	305
III.1) Caracterización.....	305
III.2) Antecedentes. Los distintos instrumentos procesales.....	306
III.3) Medida autosatisfactiva y tutela anticipada.....	308
III.4) Requisitos de procedencia de la tutela preventiva.....	310
IV) Significado de la reforma.....	311
Art. 1712 – Legitimación.....	312
I) Resumen.....	312
II) Concordancias.....	312
III) Interpretación de la norma.....	312
IV) Significado de la reforma.....	313

Art. 1713 – <i>Sentencia</i>	313
I) Resumen	314
II) Concordancias	314
III) Interpretación de la norma	314
III.1) Caracterización	314
III.2) Algunas aplicaciones jurisprudenciales	315
IV) Significado de la reforma	317
Art. 1714 – <i>Punición excesiva</i>	318
Art. 1715 – <i>Facultades del juez</i>	318
I) Resumen	318
II) Concordancias	319
III) Interpretación de las normas	319
III.1) Los antecedentes	319
III.2) La sanción pecuniaria disuasiva en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado	324
III.3) La sanción pecuniaria disuasiva en el Anteproyecto	328
III.3.A) Concepto y caracterización. La denominación. La finalidad	328
III.3.B) Las distintas opiniones. La postura que los admite. Antecedentes	330
III.3.C) Régimen proyectado. Ámbito de aplicación	333
III.3.D) Requisitos de procedencia. La legitimación	334
III.3.E) Destino de los daños punitivos	337
III.3.F) Pautas de ponderación	338
IV) Significado de la reforma	338

SECCIÓN 3ª

FUNCIÓN RESARCITORIA

Fundamentos	339
Art. 1716 – <i>Deber de reparar</i>	345
I) Resumen	345
II) Concordancias	345
III) Interpretación de la norma	345
III.1) Unidad o dualidad de la responsabilidad civil	345
III.2) El régimen del código derogado	348
III.3) El principio general: unificación de la responsabilidad civil	349

III.4) Subsistencia de ciertas particularidades de la responsabilidad contractual	350
III.4.A) Configuración de la antijuridicidad	351
III.4.B) Valor de la prestación y mayores daños	351
III.4.C) Incumplimiento y factor de atribución	354
III.4.D) Previsibilidad del daño contractual	354
III.4.E) Ejecución de la obligación por un tercero	355
III.4.F) Imposibilidad de cumplimiento	356
III.4.G) Edad a la que se adquiere el discernimiento	357
III.4.H) Reglas aplicables cuando hay pluralidad de responsables ...	357
III.4.I) Ley aplicable a los casos con elementos internacionales ...	358
III.5) Obligación de seguridad en el derecho común	358
IV) Significado de la reforma	362
Art. 1717 – <i>Antijuridicidad</i>	362
I) Resumen	362
II) Concordancias	363
III) Interpretación de la norma	363
III.1) La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil	363
III.2) El deber general de no dañar	365
III.3) Concepto y caracteres de la antijuridicidad	365
III.4) La antijuridicidad en la omisión	367
III.5) Responsabilidad por actos lícitos	369
IV) Significado de la reforma	370
Art. 1718 – <i>Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho</i>	370
I) Resumen	370
II) Concordancias	371
III) Interpretación de la norma	371
III.1) Las causas de justificación	371
III.2) Examen de las causas de justificación en particular	372
III.2.A) Ejercicio regular de un derecho	372
III.2.B) Legítima defensa	373
III.2.C) Estado de necesidad	374
IV) Significado de la reforma	375
Art. 1719 – <i>Asunción de riesgos</i>	376
I) Resumen	376
II) Concordancias	376

III) Interpretación de la norma	376
III.1) La denominada "asunción o aceptación de riesgos"	376
III.2) Actos de abnegación o altruismo	380
IV) Significado de la reforma.	381
Art. 1720 – Consentimiento del damnificado	381
I) Resumen.	381
II) Concordancias	381
III) Interpretación de la norma	382
IV) Significado de la reforma.	383
Art. 1721 – Factores de atribución	384
I) Resumen.	384
II) Concordancias	384
III) Interpretación de la norma	385
III.1) La culpa como norma de cierre.	385
III.2) Algunas aplicaciones en concreto de la culpa	387
IV) Significado de la reforma.	388
Art. 1722 – Factor objetivo	389
I) Resumen.	389
II) Concordancias	390
III) Interpretación de la norma	391
III.1) Principios generales	391
III.2) Otros supuestos de responsabilidad objetiva	391
III.3) Las eximentes	395
IV) Significado de la reforma.	396
Art. 1723 – Responsabilidad objetiva	396
I) Resumen.	396
II) Concordancias	397
III) Interpretación de la norma	397
III.1) Obligaciones de medios y de resultado.	397
III.2) La responsabilidad contractual objetiva en el Código	399
IV) Significado de la reforma.	402
Art. 1724 – Factores subjetivos	402
I) Resumen.	402
II) Concordancias	403
III) Interpretación de la norma	403
III.1) La culpa. Concepto y caracterización.	403

III.2) Valoración de la culpa.	405
III.3) Algunas aplicaciones de la culpa	406
III.4) El dolo	408
III.5) El régimen actual	411
IV) Significado de la reforma.	413
Art. 1725 – Valoración de la conducta	413
I) Resumen.	414
II) Concordancias	414
III) Interpretación de la norma	414
III.1) Los supuestos comprendidos	414
III.2) Reglas interpretativas	415
IV) Significado de la reforma.	417
Art. 1726 – Relación causal	417
Art. 1727 – Tipos de consecuencias	417
I) Resumen.	417
II) Concordancias	418
III) Interpretación de la norma	418
III.1) La relación causal como elemento de la responsabilidad civil.	418
III.2) La teoría de la causalidad adecuada	419
III.3) Clasificación de las consecuencias	420
IV) Significado de la reforma.	423
Art. 1728 – Previsibilidad contractual	424
I) Resumen.	424
II) Concordancias	424
III) Interpretación de la norma	425
IV) Significado de la reforma.	428
Art. 1729 – Hecho del damnificado	428
I) Resumen.	429
II) Concordancias	429
III) Interpretación de la norma	429
III.1) La fractura del nexo causal	429
III.2) El hecho de la víctima.	430
IV) Significado de la reforma.	432
Art. 1730 – Caso fortuito. Fuerza mayor	432
I) Resumen.	433
II) Concordancias	433

III) Interpretación de la norma	434
III.1) El caso fortuito o fuerza mayor. Caracterización	434
III.1.A) Imprevisibilidad	434
III.1.B) Inevitabilidad	435
III.1.C) Ajenidad	435
III.2) Caso fortuito y ausencia de culpa: diferencias	435
III.3) Efectos del caso fortuito	436
IV) Significado de la reforma	438
Art. 1731 – Hecho de un tercero	438
I) Resumen	438
II) Concordancias	439
III) Interpretación de la norma	439
IV) Significado de la reforma	440
Art. 1732 – Imposibilidad de cumplimiento	440
I) Resumen	441
II) Concordancias	441
III) Interpretación de la norma	442
III.1) La imposibilidad de cumplimiento	442
III.1.A) Sobreenvenida	443
III.1.B) Objetiva	443
III.1.C) Absoluta	444
III.1.D) Definitiva	446
III.1.E) No imputable al obligado	446
III.2) Efectos de la imposibilidad	447
IV) Significado de la reforma	447
Art. 1733 – Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento	448
I) Resumen	448
II) Concordancias	449
III) Interpretación de la norma	449
III.1) Asunción contractual del caso fortuito	449
III.2) Disposición de la ley	450
III.3) Mora del deudor	450
III.4) Existencia de culpa previa del responsable	451
III.5) Contingencia propia al riesgo de la cosa o la actividad	451
III.6) Obligación de restituir como consecuencia de un hecho ilícito	452
IV) Significado de la reforma	452

Art. 1734 – Prueba de los factores de atribución y de las eximentes	452
I) Resumen	452
II) Concordancias	453
III) Interpretación de la norma	453
III.1) La carga de la prueba	453
III.2) Carga de la prueba del factor de atribución	454
III.3) Prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual	455
III.4) Carga de la prueba de las eximentes	457
IV) Significado de la reforma	458
Art. 1735 – Facultades judiciales	458
I) Resumen	458
II) Concordancias	458
III) Interpretación de la norma	459
III.1) La teoría de las cargas probatorias dinámicas	459
III.2) La cuestión en el nuevo Código	461
IV) Significado de la reforma	463
Art. 1736 – Prueba de la relación de causalidad	463
I) Resumen	463
II) Concordancias	464
III) Interpretación de la norma	464
III.1) El principio general: la carga de la prueba de la causalidad recae sobre el actor	465
III.2) Las excepciones: presunciones de causalidad y de adecuación causal	465
III.3) Prueba de las eximentes	467
IV) Significado de la reforma	467

SECCIÓN 4ª

DAÑO RESARCIBLE

Fundamentos	468
Art. 1737 – Concepto de daño	473
I) Resumen	473
II) Concordancias	474
III) Interpretación de la norma	474
III.1) El régimen del código derogado	474
III.2) El régimen actual. Concepto. Caracterización	474

III.3) Daño colectivo	478
III.4) Daño contractual y extracontractual	480
III.5) Daño. Consecuencia	481
IV) Significado de la reforma	481
Art. 1738 – Indemnización	482
I) Resumen	482
II) Concordancias	483
III) Interpretación de la norma	483
III.1) Principios generales	483
III.2) Clases de daños comprendidos	483
III.3) Los daños a las personas. Su constitucionalización	486
IV) Significado de la reforma	486
Art. 1739 – Requisitos	487
I) Resumen	487
II) Concordancias	487
III) Interpretación de la norma	487
III.1) Los requisitos del daño resarcible. La pérdida de la chance resarcible	487
IV) Significado de la reforma	491
Art. 1740 – Reparación plena	491
I) Resumen	491
II) Concordancias	491
III) Interpretación de la norma	492
III.1) ¿Qué es la reparación plena?	492
III.2) Excepciones al principio de la reparación plena	495
III.3) Dos notas destacadas	497
IV) Significado de la reforma	497
Art. 1741 – Indemnización de las consecuencias no patrimoniales	498
I) Resumen	498
II) Concordancias	498
III) Interpretación de la norma	498
III.1) Antecedentes	498
III.2) El régimen actual	500
III.3) La legitimación ampliada	502
III.3.A) El damnificado directo	502
III.3.B) El damnificado indirecto	502

III.4) ¿Qué son las satisfacciones sustitutivas y compensatorias?	503
III.5) La transmisión de la acción	504
IV) Significado de la reforma	504
Art. 1742 – Atenuación de la responsabilidad	505
I) Resumen	505
II) Concordancias	505
III) Interpretación de la norma	505
III.1) Antecedentes y el texto actual	505
III.2) Las principales directivas	506
IV) Significado de la reforma	508
Art. 1743 – Dispensa anticipada de la responsabilidad	508
I) Resumen	508
II) Concordancias	509
III) Interpretación de la norma	509
IV) Significado de la reforma	512
Art. 1744 – Prueba del daño	512
I) Resumen	512
II) Concordancias	512
III) Interpretación de la norma	513
III.1) Principales directivas	513
III.2) Prueba del daño contractual	515
IV) Significado de la reforma	517
Art. 1745 – Indemnización por fallecimiento	517
I) Resumen	517
II) Concordancias	518
III) Interpretación de la norma	518
III.1) Principales directrices	518
IV) Significado de la reforma	522
Art. 1746 – Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica	522
I) Resumen	522
II) Concordancias	523
III) Interpretación de la norma	523
III.1) La incapacidad permanente	523
III.2) Incapacidad transitoria	526

III.3) Pautas para la valoración de las lesiones e incapacidad.....	526
III.4) Los daños presumidos.....	528
IV) Significado de la reforma.....	528
Art. 1747 – Acumulabilidad del daño moratorio	529
I) Resumen.....	529
II) Concordancias.....	529
III) Interpretación de la norma.....	529
IV) Significado de la reforma.....	532
Art. 1748 – Curso de los intereses	532
I) Resumen.....	532
II) Concordancias.....	532
III) Interpretación de la norma.....	532
IV) Significado de la reforma.....	536

SECCIÓN 5ª

RESPONSABILIDAD DIRECTA

Fundamentos.....	537
Art. 1749 – Sujetos responsables	537
I) Resumen.....	537
II) Concordancias.....	538
III) Interpretación de la norma.....	538
III.1) Responsabilidad directa.....	538
III.2) Incumplimiento de una obligación.....	538
III.3) Producción de un daño extracontractual por acción u omisión dolosa o culposa.....	541
IV) Significado de la reforma.....	543
Art. 1750 – Daños causados por actos involuntarios	543
I) Resumen.....	544
II) Concordancias.....	544
III) Interpretación de la norma.....	544
III.1) Responsabilidad por actos involuntarios.....	544
III.2) Daños causados mediante el empleo de fuerza física irresistible.....	547
IV) Significado de la reforma.....	548
Art. 1751 – Pluralidad de responsables	548
I) Resumen.....	548

II) Concordancias.....	549
III) Interpretación de la norma.....	549
III.1) Supuestos de responsabilidad solidaria.....	550
III.2) Supuestos de responsabilidad concurrente.....	551
III.3) El hecho del tercero como eximente.....	553
III.4) Excepción a la regla de la solidaridad. Principio de la simple mancomunación en el incumplimiento de las obligaciones.....	554
IV) Significado de la reforma.....	555
Art. 1752 – Encubrimiento	555
I) Resumen.....	555
II) Concordancias.....	555
III) Interpretación de la norma.....	556
IV) Significado de la reforma.....	556

SECCIÓN 6ª

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE TERCEROS

Fundamentos.....	557
Art. 1753 – Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente	558
I) Resumen.....	558
II) Concordancias.....	558
III) Interpretación de la norma.....	558
III.1) Los presupuestos de aplicación.....	559
III.1.A) Relación de dependencia.....	559
III.1.B) Relación entre las funciones del dependiente y el hecho dañoso.....	560
III.1.C) <i>Quid</i> del acto ilícito del dependiente. La responsabilidad del principal en los supuestos de actos involuntarios.....	561
III.2) Factor de atribución y eximentes.....	562
IV) Significado de la reforma.....	562
Art. 1754 – Hecho de los hijos	563
I) Resumen.....	563
II) Concordancias.....	563
III) Interpretación de la norma.....	563
IV) Significado de la reforma.....	566
Art. 1755 – Cesación de la responsabilidad paterna	566
I) Resumen.....	566

II) Concordancias	567
III) Interpretación de la norma	567
III.1) Factor de atribución y eximentes	567
III.2) Convivencia con los progenitores	568
III.3) Ejercicio de actividades lucrativas e incumplimiento contractual por el menor	569
IV) Significado de la reforma	570
Art. 1756 – Otras personas encargadas	570
I) Resumen	570
II) Concordancias	571
III) Interpretación de la norma	571
III.1) Responsabilidad de los tutores, curadores y delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental	571
III.1.A) Alcance de la responsabilidad	571
III.1.B) Presupuestos del deber de responder	573
III.2) Responsabilidad de los establecimientos de internación	574
IV) Significado de la reforma	574

SECCIÓN 7ª

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y DE CIERTAS ACTIVIDADES

Fundamentos	575
Art. 1757 – Hecho de las cosas y actividades riesgosas	576
I) Resumen	576
II) Concordancias	576
III) Interpretación de la norma	577
III.1) Antecedentes del régimen anterior. Principios que mantienen vigencia	577
III.2) Principales características del régimen actual	581
III.3) Las actividades riesgosas y peligrosas	586
III.4) Síntesis	589
III.5) Las eximentes	590
IV) Significado de la reforma	590
Art. 1758 – Sujetos responsables	590
I) Resumen	591
II) Concordancias	591

III) Interpretación de la norma	591
III.1) El régimen anterior y el actual	591
III.2) Legitimación pasiva. Dueño y guardián	592
III.2.A) Dueño	592
III.2.B) Guardián	592
III.3) La eximente	596
III.4) La legitimación pasiva en las actividades riesgosas	596
Art. 1759 – Daño causado por animales	597
I) Resumen	597
II) Concordancias	597
III) Interpretación de la norma	597
III.1) El régimen del código anterior y el sistema actual	597
III.2) Legitimados pasivos	599
III.2.A) Propietario	600
III.2.B) Guardián	600
III.2.C) Otros legitimados pasivos	601
IV) Significado de la reforma	602

SECCIÓN 8ª

RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA

Fundamentos	602
Art. 1760 – Cosa suspendida o arrojada	603
I) Resumen	603
II) Concordancias	603
III) Interpretación de la norma	603
IV) Significado de la reforma	606
Art. 1761 – Autor anónimo	606
I) Resumen	606
II) Concordancias	606
III) Interpretación de la norma	607
III.1) La responsabilidad colectiva por los daños causados por un autor anónimo	607
IV) Significado de la reforma	609
Art. 1762 – Actividad peligrosa de un grupo	610
I) Resumen	610

II) Concordancias	610
III) Interpretación de la norma	610
III.1) Responsabilidad por el hecho de los grupos riesgosos	610
IV) Significado de la reforma	613

SECCIÓN 9ª

SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

Fundamentos	614
Art. 1763 – Responsabilidad de la persona jurídica	616
I) Resumen	616
II) Concordancias	616
III) Interpretación de la norma	616
III.1) Ámbito de aplicación	617
III.2) Presupuestos	617
IV) Significado de la reforma	618
Art. 1764 – Inaplicabilidad de normas	618
Art. 1765 – Responsabilidad del Estado	618
I) Resumen	618
II) Concordancias	619
III) Interpretación de las normas	619
III.1) La responsabilidad del Estado enmarcada en el ámbito del derecho público	619
III.2) El alcance de la limitación prevista en el artículo 1764 del Código	620
III.3) La ley 26.944	620
III.4) Las acciones colectivas y la responsabilidad del Estado	622
IV) Significado de la reforma	623
Art. 1766 – Responsabilidad del funcionario y del empleado público	623
I) Resumen	623
II) Concordancias	624
III) Interpretación de la norma	624
IV) Significado de la reforma	626
Art. 1767 – Responsabilidad de los establecimientos educativos	626
I) Resumen	626
II) Concordancias	626

III) Interpretación de la norma	626
III.1) Ámbito de aplicación	627
III.2) Presupuestos	628
III.3) El seguro escolar	629
IV) Significado de la reforma	629
Art. 1768 – Profesionales liberales	629
I) Resumen	630
II) Concordancias	630
III) Interpretación de la norma	630
III.1) Ámbito de aplicación	630
III.2) Régimen de responsabilidad del profesional liberal por el incumplimiento de la prestación principal	631
III.3) La utilización de cosas riesgosas por parte del profesional liberal	632
IV) Significado de la reforma	634
Art. 1769 – Accidentes de tránsito	634
I) Resumen	634
II) Concordancias	635
III) Interpretación de la norma	635
III.1) La incidencia de la responsabilidad objetiva	635
III.2) La legitimación activa y la legitimación pasiva	637
IV) Significado de la reforma	641
Art. 1770 – Protección de la vida privada	641
I) Resumen	642
II) Concordancias	642
III) Interpretación de la norma	642
III.1) El derecho a la intimidad	642
III.2) Presupuestos del acto lesivo	644
III.3) Acciones previstas	645
IV) Significado de la reforma	645
Art. 1771 – Acusación calumniosa	646
I) Resumen	646
II) Concordancias	646
III) Interpretación de la norma	646
III.1) Acusación calumniosa	646
III.2) Requisitos	647
IV) Significado de la reforma	648

SECCIÓN 10ª

EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Fundamentos	649
Art. 1772 – Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados	649
I) Resumen	649
II) Concordancias	649
III) Interpretación de la norma	650
IV) Significado de la reforma	651
Art. 1773 – Acción contra el responsable directo e indirecto	651
I) Resumen	652
II) Concordancias	652
III) Interpretación de la norma	652
IV) Significado de la reforma	653

SECCIÓN 11ª

ACCIONES CIVIL Y PENAL

Art. 1774 – Independencia	654
I) Resumen	654
II) Concordancias	654
III) Interpretación de la norma	654
IV) Significado de la reforma	656
Art. 1775 – Suspensión del dictado de la sentencia civil	656
I) Resumen	656
II) Concordancias	657
III) Interpretación de la norma	657
III.1) Presupuestos	658
III.2) Excepciones	659
IV) Significado de la reforma	661
Art. 1776 – Condena penal	662
I) Resumen	662
II) Concordancias	662
III) Interpretación de la norma	663
III.1) La existencia del “hecho principal”	663
III.2) La culpa del condenado	664

III.3) Efectos de la cosa juzgada respecto del tercero civilmente demandado	665
IV) Significado de la reforma	666
Art. 1777 – Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal	666
I) Resumen	666
II) Concordancias	667
III) Interpretación de la norma	667
III.1) La materialidad del hecho y la participación del imputado	667
III.2) La inexistencia de delito o de responsabilidad penal	668
III.3) La influencia de la sentencia penal en cuanto a las causas de justificación	669
III.4) Efectos del sobreseimiento	669
IV) Significado de la reforma	670
Art. 1778 – Excusas absolutorias	670
I) Resumen	670
II) Concordancias	670
III) Interpretación de la norma	670
IV) Significado de la reforma	672
Art. 1779 – Impedimento de reparación del daño	672
I) Resumen	672
II) Concordancias	672
III) Interpretación de la norma	672
III.1) La veracidad de los hechos imputados en la denuncia reputada calumniosa	673
III.2) Los damnificados indirectos como autores o cómplices del ilícito	673
IV) Significado de la reforma	674
Art. 1780 – Sentencia penal posterior	674
I) Resumen	675
II) Concordancias	675
III) Interpretación de la norma	675
III.1) El principio general de inmutabilidad de la decisión civil anterior	675
III.2) Las excepciones al principio de inmutabilidad. El recurso de revisión	676
IV) Significado de la reforma	678

CAPÍTULO 2

GESTIÓN DE NEGOCIOS

Art. 1781 – Definición	678
I) Resumen	679
II) Concordancias	679
III) Interpretación de la norma	679
IV) Significado de la reforma	682
Art. 1782 – Obligaciones del gestor	683
I) Resumen	683
II) Concordancias	684
III) Interpretación de la norma	684
IV) Significado de la reforma	685
Art. 1783 – Conclusión de la gestión	686
I) Resumen	686
II) Concordancias	686
III) Interpretación de la norma	686
IV) Significado de la reforma	687
Art. 1784 – Obligación frente a terceros	688
I) Resumen	688
II) Concordancias	688
III) Interpretación de la norma	688
IV) Significado de la reforma	688
Art. 1785 – Gestión conducida útilmente	689
I) Resumen	689
II) Concordancias	690
III) Interpretación de la norma	690
III.1) Acerca de la “utilidad de la gestión”	690
III.2) Obligaciones del gestionado frente al gestor	691
IV) Significado de la reforma	692
Art. 1786 – Responsabilidad del gestor por culpa	692
I) Resumen	692
II) Concordancias	693
III) Interpretación de la norma	693
IV) Significado de la reforma	694

Art. 1787 – Responsabilidad del gestor por caso fortuito	694
I) Resumen	694
II) Concordancias	695
III) Interpretación de la norma	695
IV) Significado de la reforma	695
Art. 1788 – Responsabilidad solidaria	696
I) Resumen	696
II) Concordancias	696
III) Interpretación de la norma	696
IV) Significado de la reforma	697
Art. 1789 – Ratificación	698
I) Resumen	698
II) Concordancias	698
III) Interpretación de la norma	698
IV) Significado de la reforma	699
Art. 1790 – Aplicación de normas del mandato	699
I) Resumen	699
II) Concordancias	700
III) Interpretación de la norma	700
IV) Significado de la reforma	700

CAPÍTULO 3

EMPLEO ÚTIL

Art. 1791 – Caracterización	701
I) Resumen	701
II) Concordancias	701
III) Interpretación de la norma	701
IV) Significado de la reforma	703
Art. 1792 – Gastos funerarios	703
I) Resumen	703
II) Concordancias	703
III) Interpretación de la norma	704
IV) Significado de la reforma	704
Art. 1793 – Obligados al reembolso	705
I) Resumen	705

II) Concordancias	705
III) Interpretación de la norma	705
IV) Significado de la reforma	706

CAPÍTULO 4

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El enriquecimiento sin causa en los Fundamentos de la Comisión de Reformas ...	706
--	-----

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1794 – Caracterización	707
I) Resumen	708
II) Concordancias	708
III) Interpretación de la norma	708
IV) Significado de la reforma	710
Art. 1795 – Imprudencia de la acción	710
I) Resumen	710
II) Concordancias	711
III) Interpretación de la norma	711
IV) Significado de la reforma	712

SECCIÓN 2ª

PAGO INDEBIDO

Art. 1796 – Casos	712
I) Resumen	713
II) Concordancias	713
III) Interpretación de la norma	713
IV) Significado de la reforma	716
Art. 1797 – Irrelevancia del error	716
I) Resumen	717
II) Concordancias	717
III) Interpretación de la norma	717
IV) Significado de la reforma	718

Art. 1798 – Alcances de la repetición	718
I) Resumen	718
II) Concordancias	718
III) Interpretación de la norma	719
IV) Significado de la reforma	719
Art. 1799 – Situaciones especiales	720
I) Resumen	720
II) Concordancias	721
III) Interpretación de la norma	721
IV) Significado de la reforma	722

CAPÍTULO 5

DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1800 – Regla general	722
I) Resumen	723
II) Concordancias	723
III) Interpretación de la norma	723
III.1) La voluntad unilateral como fuente autónoma de obligaciones	723
III.2) Razones del reconocimiento de la declaración unilateral como fuente de obligaciones	724
III.3) Ámbitos de obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad	725
III.4) Integración normativa de la declaración unilateral de voluntad	726
IV) Significado de la reforma	727
Art. 1801 – Reconocimiento y promesa de pago	727
I) Resumen	727
II) Concordancias	727
III) Interpretación de la norma	728
III.1) La promesa de pago	728
III.2) El reconocimiento como declaración unilateral de voluntad	728
IV) Significado de la reforma	729
Art. 1802 – Cartas de crédito	729
I) Resumen	729

II) Concordancias	729
III) Interpretación de la norma	729
III.1) Las cartas de crédito	729
III.2) La declaración unilateral de voluntad y las cartas de crédito	730
III.3) La forma de los actos jurídicos y la carta de crédito	730
IV) Significado de la reforma	731

SECCIÓN 2ª

PROMESA PÚBLICA DE RECOMPENSA

Art. 1803 – Obligatoriedad	731
I) Resumen	731
II) Concordancias	731
III) Interpretación de la norma	731
III.1) La promesa pública de recompensa y su efecto vinculante	731
III.2) Exigibilidad de la promesa	732
III.3) Contenido de la obligación del promitente	732
IV) Significado de la reforma	733
Art. 1804 – Plazo expreso o tácito	733
I) Resumen	733
II) Concordancias	734
III) Interpretación de la norma	734
III.1) Plazo expreso o tácito de la promesa de recompensa	734
III.2) Caducidad de la promesa de recompensa	734
IV) Significado de la reforma	735
Art. 1805 – Revocación	735
I) Resumen	735
II) Concordancias	735
III) Interpretación de la norma	736
III.1) Revocabilidad de la promesa de recompensa	736
III.2) Inoponibilidad de la revocación	736
IV) Significado de la reforma	736
Art. 1806 – Atribución de la recompensa	736
I) Resumen	737
II) Concordancias	737
III) Interpretación de la norma	737
III.1) Supuestos de conflicto en el pago de la recompensa	737

III.2) Primer supuesto: concurrencia de varias personas sin esfuerzos de cooperación	738
III.3) Segundo supuesto: concurrencia de varias personas con esfuerzos de cooperación	738
IV) Significado de la reforma	739

SECCIÓN 3ª

CONCURSO PÚBLICO

Art. 1807 – Concurso público	739
I) Resumen	739
II) Concordancias	740
III) Interpretación de la norma	740
III.1) Concurso público y promesa pública de recompensa	740
III.2) Contenido de la promesa de recompensa en el concurso público	740
III.3) Adjudicación del premio. Obligatoriedad del dictamen del jurado	740
III.4) Derechos patrimoniales sobre la obra premiada	741
IV) Significado de la reforma	741
Art. 1808 – Destinatarios	741
I) Resumen	741
II) Concordancias	742
III) Interpretación de la norma	742
III.1) Destinatarios del concurso público	742
IV) Significado de la reforma	742
Art. 1809 – Decisión del jurado	742
I) Resumen	743
II) Concordancias	743
III) Interpretación de la norma	743
III.1) Decisión del jurado en el concurso público	743
IV) Significado de la reforma	744

SECCIÓN 4ª

GARANTÍAS UNILATERALES

Art. 1810 – Garantías unilaterales	744
I) Resumen	744
II) Concordancias	744

III) Interpretación de la norma	745
III.1) Las garantías “a primera demanda” y sus variantes	745
III.2) Sujetos que intervienen en la operación de garantía	745
III.3) El concepto de garantía unilateral en el artículo 1810 del Código y el objeto de la garantía	746
III.4) La independencia de la garantía unilateral	746
III.5) Acciones recursorias luego del pago	747
III.6) Fraude o abuso y medidas cautelares	748
III.7) Garantías unilaterales en el comercio internacional: Reglas de la CCI	750
IV) Significado de la reforma	750
Art. 1811 – Sujetos	750
I) Resumen	751
II) Concordancias	751
III) Interpretación de la norma	751
III.1) Limitación a la posibilidad de obligarse por garantías unilaterales	751
III.2) Fundamentos de la limitación legal	752
IV) Significado de la reforma	753
Art. 1812 – Forma	753
I) Resumen	753
II) Concordancias	753
III) Interpretación de la norma	753
III.1) Las garantías unilaterales como actos formales	753
III.2) Las garantías unilaterales emitidas por entidades financieras y aseguradoras	754
IV) Significado de la reforma	754
Art. 1813 – Cesión de garantía	754
I) Resumen	754
II) Concordancias	755
III) Interpretación de la norma	755
III.1) Cesión de la relación subyacente y de la garantía unilateral	755
III.2) Cesión de la garantía y acciones recursorias	756
IV) Significado de la reforma	756
Art. 1814 – Irrevocabilidad	756
I) Resumen	756
II) Concordancias	756

III) Interpretación de la norma	756
III.1) Irrevocabilidad de la declaración unilateral de voluntad	756
IV) Significado de la reforma	757

CAPÍTULO 6

TÍTULOS VALORES

Los títulos valores en los fundamentos de la Comisión de Reformas	757
---	-----

SECCIÓN 1*

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1815 – Concepto	758
I) Resumen	759
II) Concordancias	759
III) Interpretación de la norma	759
III.1) El <i>nomen iuris</i>	759
III.2) Ausencia de adscripción dogmática de la norma	760
III.3) La incorporación del derecho	761
III.4) El carácter incondicional e irrevocable del derecho	762
III.5) El carácter autónomo del derecho incorporado. Remisión	763
III.6) La distinción con las cosas o bienes muebles registrables	763
IV) Significado de la reforma	764
Art. 1816 – Autonomía	765
I) Resumen	765
II) Concordancias	766
III) Interpretación de la norma	766
III.1) La autonomía y la exclusión de excepciones en el plano personal	766
III.2) La autonomía y la exclusión de excepciones en el plano real	767
III.3) Condiciones para la adquisición autónoma: la ley de circulación del título valor	768
III.4) Condiciones para la adquisición autónoma: la buena fe objetiva	769
III.5) La autonomía y la exclusión de excepciones personales	770
IV) Significado de la reforma	771
Art. 1817 – Pago liberatorio	771
I) Resumen	771

II) Concordancias	772
III) Interpretación de la norma	772
III.1) Liberación por el pago al portador legítimo no titular	772
III.2) La buena fe del <i>solvens</i>	773
III.3) El pago sin la entrega del título valor y la posición del portador posterior	773
IV) Significado de la reforma	774
Art. 1818 – Accesorios	774
I) Resumen	774
II) Concordancias	774
III) Interpretación de la norma	774
III.1) Efectos de la transmisión del título valor	774
III.2) ¿Qué se adquiere (y qué no se adquiere) cuando se transmite un título valor?	775
IV) Significado de la reforma	776
Art. 1819 – Titularidad	776
I) Resumen	776
II) Concordancias	776
III) Interpretación de la norma	777
III.1) Legitimación y titularidad	777
III.2) La adquisición de la titularidad del derecho incorporado al título valor	777
III.3) Efectos de la presencia o ausencia de los recaudos indicados por el artículo 1819	779
IV) Significado de la reforma	780
Art. 1820 – Libertad de creación	780
I) Resumen	780
II) Concordancias	780
III) Interpretación de la norma	781
III.1) Títulos valores típicos y atípicos	781
III.2) La creación de títulos valores atípicos en la doctrina y normativa nacional	781
III.3) Los límites normativos a la creación de títulos valores atípicos	783
IV) Significado de la reforma	783
Art. 1821 – Defensas oponibles	784
I) Resumen	784
II) Concordancias	784

III) Interpretación de la norma	785
III.1) La importancia del artículo 1821	785
III.2) Inciso a: oposición de excepciones personales	785
III.3) Inciso b: excepciones derivadas del tenor documental	786
III.4) Inciso c: excepciones derivadas de la falsedad de firma, defecto de representación o de capacidad	787
III.5) Inciso d: excepciones derivadas de la falta de legitimación del portador	787
III.6) Inciso e: excepciones derivadas de la alteración del tenor documental	788
III.7) Inciso f: excepciones derivadas de la prescripción o caducidad	788
III.8) Inciso g: excepciones derivadas de la cancelación del título valor o de la suspensión de su exigibilidad	789
III.9) Inciso h: excepciones admisibles conforme las leyes procesales	789
III.10) Otras consideraciones relevantes	790
IV) Significado de la reforma	791
Art. 1822 – Medidas precautorias	791
I) Resumen	792
II) Concordancias	792
III) Interpretación de la norma	792
III.1) Necesidad de una solución particular en materia de títulos valores	792
III.2) Los casos contemplados en el artículo 1822	793
IV) Significado de la reforma	794
Art. 1823 – Firmas falsas y otros supuestos	794
I) Resumen	794
II) Concordancias	794
III) Interpretación de la norma	795
III.1) El principio de independencia de las obligaciones incorporadas al título valor	795
III.2) Supuestos alcanzados y consecuencias jurídicas de la independencia de las obligaciones incorporadas al título valor	795
IV) Significado de la reforma	796
Art. 1824 – Incumplimiento del asentimiento conyugal	796
I) Resumen	797
II) Concordancias	797
III) Interpretación de la norma	797
III.1) El asentimiento conyugal y la transferencia de títulos valores	797

III.2) La inoponibilidad de la falta de asentimiento conyugal al adquirente del título valor	798
IV) Significado de la reforma	799
Art. 1825 – Representación inexistente o insuficiente	799
I) Resumen	799
II) Concordancias	799
III) Interpretación de la norma	800
III.1) El defecto de representación en materia de títulos valores	800
III.2) La responsabilidad del falsificador	801
IV) Significado de la reforma	801
Art. 1826 – Responsabilidad	801
I) Resumen	802
II) Concordancias	802
III) Interpretación de la norma	802
III.1) Los creadores de títulos valores y otros participantes en la circulación: responsabilidad por el pago	802
III.2) El otorgamiento de garantías para el pago del título valor	804
III.3) La solidaridad de los obligados al pago del título valor	805
IV) Significado de la reforma	805
Art. 1827 – Novación	806
I) Resumen	806
II) Concordancias	806
III) Interpretación de la norma	807
III.1) Ausencia de novación	807
III.2) Condiciones para el ejercicio de la acción causal	807
III.3) Condiciones para el ejercicio de la acción de enriquecimiento	808
IV) Significado de la reforma	809
Art. 1828 – Títulos representativos de mercaderías	809
I) Resumen	809
II) Concordancias	809
III) Interpretación de la norma	810
III.1) Los títulos valores representativos de mercaderías	810
III.2) Los derechos asignados al portador legítimo	810
IV) Significado de la reforma	811
Art. 1829 – Cuotapartes de fondos comunes de inversión	811
I) Resumen	811

II) Concordancias	811
III) Interpretación de la norma	811
III.1) El reconocimiento del carácter de título valor a las cuotapartes	811
III.2) Breve referencia a las cuotapartes como título valor	812
IV) Significado de la reforma	813

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

Art. 1830 – Necesidad	813
I) Resumen	813
II) Concordancias	813
III) Interpretación de la norma	813
III.1) Los títulos valores cartulares	813
III.2) La necesidad y los títulos valores cartulares	814
IV) Significado de la reforma	815
Art. 1831 – Literalidad	815
I) Resumen	816
II) Concordancias	816
III) Interpretación de la norma	816
III.1) La literalidad en los títulos valores cartulares	816
III.2) Literalidad y autosuficiencia del documento	817
III.3) Límites de la literalidad: validez y relevancia del contenido del documento	818
IV) Significado de la reforma	818
Art. 1832 – Alteraciones	818
I) Resumen	819
II) Concordancias	819
III) Interpretación de la norma	819
III.1) La falsedad y la falsificación en los títulos valores	819
III.2) Supuestos excluidos del concepto de alteraciones	820
IV) Significado de la reforma	821
Art. 1833 – Requisitos. Contenido mínimo	821
I) Resumen	822
II) Concordancias	822

III) Interpretación de la norma	822
III.1) Exigencias o requisitos de contenido en los títulos valores cartulares ("requisitos formales")	822
III.2) Razones de la existencia de contenidos mínimos esenciales en los títulos valores cartulares	823
III.3) Consecuencias de la ausencia de un contenido mínimo esencial.	824
III.4) Límites temporales para completar el título valor	825
IV) Significado de la reforma.	826
Art. 1834 – Aplicación subsidiaria	826
I) Resumen.	826
II) Concordancias	826
III) Interpretación de la norma	827
III.1) Carácter general de las disposiciones del Código en materia de títulos valores.	827
III.2) La aplicación subsidiaria de las normas del Código en materia de títulos valores.	827
IV) Significado de la reforma.	828
Art. 1835 – Títulos impropios y documentos de legitimación	828
I) Resumen.	828
II) Concordancias	828
III) Interpretación de la norma	829
III.1) Carácter general del artículo 1835 del Código	829
III.2) Títulos impropios	830
III.3) Documentos de legitimación.	830
IV) Significado de la reforma.	831
Art. 1836 – Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta.	832
I) Resumen.	832
II) Concordancias	832
III) Interpretación de la norma	833
III.1) Posibilidad de desmaterialización o desincorporación de origen convencional	833
III.2) Emisión no cartular de títulos valores cartulares	833
III.3) Emisión cartular y desmaterialización en la circulación posterior.	834
III.4) Consecuencias de la desincorporación o desmaterialización	834
IV) Significado de la reforma.	834

PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

Art. 1837 – Concepto	834
I) Resumen.	835
II) Concordancias	835
III) Interpretación de la norma	835
III.1) Los títulos valores al portador en la actualidad: carácter residual	835
III.2) Los títulos valores al portador: supuestos.	836
III.3) Ley de circulación de los títulos valores al portador	836
IV) Significado de la reforma.	837

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

Art. 1838 – Tipificación	837
I) Resumen.	837
II) Concordancias	838
III) Interpretación de la norma	838
III.1) Los títulos valores a la orden y el endoso.	838
III.2) La cláusula "no a la orden" en los títulos valores a la orden: cuestiones generales	838
III.3) La cláusula "no a la orden" en los títulos valores a la orden: algunas cuestiones particulares.	839
IV) Significado de la reforma.	840
Art. 1839 – Endoso	841
I) Resumen.	841
II) Concordancias	841
III) Interpretación de la norma	842
III.1) Inserción documental del endoso	842
III.2) Firma y entrega del título valor. Indicación del endosatario	842
III.3) El endoso de retorno	843
IV) Significado de la reforma.	844
Art. 1840 – Condición y endoso parcial	844
I) Resumen.	844
II) Concordancias	844

III) Interpretación de la norma	844
III.1) La incondicionalidad de la obligación del endosante	844
III.2) El carácter integral del endoso	845
IV) Significado de la reforma	846
Art. 1841 – Tiempo del endoso	847
I) Resumen	847
II) Concordancias	847
III) Interpretación de la norma	847
III.1) El endoso tardío en los títulos valores a la orden: carácter atípico de la transmisión	847
III.2) Efectos del endoso tardío	848
III.3) Alternativas del endoso tardío	849
III.4) La presunción del tiempo del endoso	849
IV) Significado de la reforma	850
Art. 1842 – Legitimación	850
I) Resumen	850
II) Concordancias	850
III) Interpretación de la norma	850
III.1) La legitimación en los títulos valores: remisión parcial	850
III.2) Serie ininterrumpida de endosos	851
IV) Significado de la reforma	854
Art. 1843 – Endoso en blanco	854
I) Resumen	854
II) Concordancias	854
III) Interpretación de la norma	854
III.1) Facultades del portador legítimo en virtud de un endoso en blanco	854
III.2) La legitimación y ley de circulación del título valor luego de un endoso en blanco	855
IV) Significado de la reforma	856
Art. 1844 – Endoso en procuración	856
I) Resumen	856
II) Concordancias	856
III) Interpretación de la norma	857
III.1) Endoso en procuración: aspectos generales	857
III.2) Forma de su inserción	857
III.3) Facultades del endosatario en procuración	858

III.4) Excepciones oponibles al endosatario en procuración	859
III.5) Concurso y quiebra: efectos sobre el endoso en procuración	859
IV) Significado de la reforma	860
Art. 1845 – Endoso en garantía	860
I) Resumen	861
II) Concordancias	861
III) Interpretación de la norma	861
III.1) Endoso en garantía: aspectos generales	861
III.2) Forma de su inserción	862
III.3) Facultades del endosatario en garantía	862
III.4) Excepciones oponibles al endosatario en garantía	862
IV) Significado de la reforma	863
Art. 1846 – Responsabilidad	863
I) Resumen	863
II) Concordancias	863
III) Interpretación de la norma	864
III.1) La función de garantía en el endoso: aspectos generales	864
III.2) Las cláusulas de “prohibición” del endoso	865
III.3) Carácter de la responsabilidad de los endosantes	865
IV) Significado de la reforma	865

PARÁGRAFO 3°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

Art. 1847 – Régimen	866
I) Resumen	866
II) Concordancias	866
III) Interpretación de la norma	867
III.1) Los títulos valores nominativos	867
III.2) Los títulos nominativos endosables y su utilización	868
III.3) Ley de circulación de los títulos valores nominativos endosables. Necesidad del registro	868
III.4) Negativa o reticencia del emisor a efectuar el registro	869
IV) Significado de la reforma	869
Art. 1848 – Reglas aplicables	870
I) Resumen	870
II) Concordancias	870

III) Interpretación de la norma.....	870
III.1) Títulos valores nominativos endosables y títulos valores a la orden: sentido de la remisión del Código.....	870
III.2) Títulos valores nominativos endosables y títulos valores a la orden: alcance de la remisión del Código.....	871
IV) Significado de la reforma.....	871

PARÁGRAFO 4°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

Art. 1849 – Régimen.....	871
I) Resumen.....	872
II) Concordancias.....	872
III) Interpretación de la norma.....	872
III.1) Los títulos valores nominativos no endosables.....	872
III.2) Transmisión del título valor nominativo no endosable. Ausencia de registro.....	872
IV) Significado de la reforma.....	874

SECCIÓN 3°

TÍTULOS VALORES NO CARTULARES

Art. 1850 – Régimen.....	874
I) Resumen.....	875
II) Concordancias.....	875
III) Interpretación de la norma.....	875
III.1) Desincorporación o desmaterialización de los títulos valores.....	875
III.2) Origen legal o convencional de la desincorporación o desmaterialización.....	877
III.3) El registro de las transmisiones sucesivas o afectación de los derechos conferidos por el título valor.....	877
III.4) La tutela en el plano real y obligatorio en el artículo 1850.....	878
IV) Significado de la reforma.....	879
Art. 1851 – Comprobantes de saldos.....	879
I) Resumen.....	880
II) Concordancias.....	880
III) Interpretación de la norma.....	881
III.1) Ejercicio de derechos en los títulos valores no cartulares.....	881

III.2) Obligación de expedición de los comprobantes de saldo.....	881
III.3) Variantes de los comprobantes de saldo.....	882
III.4) Los certificados globales.....	882
IV) Significado de la reforma.....	883

SECCIÓN 4°

DETERIORO, SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA Y DESTRUCCIÓN
DE TÍTULOS VALORES O DE SUS REGISTROS

PARÁGRAFO 1°

NORMAS COMUNES PARA TÍTULOS VALORES

Art. 1852 – <i>Ámbito de aplicación. Jurisdicción</i>	884
I) Resumen.....	884
II) Concordancias.....	885
III) Interpretación de la norma.....	885
III.1) Método del Código.....	885
III.2) Contenido de la norma.....	886
IV) Significado de la reforma.....	888
Art. 1853 – <i>Sustitución por deterioro</i>	888
I) Resumen.....	888
II) Concordancias.....	888
III) Interpretación de la norma.....	888
IV) Significado de la reforma.....	889
Art. 1854 – <i>Obligaciones de terceros</i>	889
I) Resumen.....	889
II) Concordancias.....	889
III) Interpretación de la norma.....	890
IV) Significado de la reforma.....	890

PARÁGRAFO 2°

NORMAS APLICABLES A TÍTULOS VALORES EN SERIE

Art. 1855 – <i>Denuncia</i>	890
I) Resumen.....	891
II) Concordancias.....	891

III) Interpretación de la norma	891
III.1) Alcance de las disposiciones legales	891
III.2) Contenido de la norma	892
IV) Significado de la reforma	892
Art. 1856 – Suspensión de efectos	892
I) Resumen	892
II) Concordancias	893
III) Interpretación de la norma	893
IV) Significado de la reforma	893
Art. 1857 – Publicación	893
I) Resumen	893
II) Concordancias	894
III) Interpretación de la norma	894
III.1) La publicidad en los procesos de cancelación	894
III.2) Contenido de la norma	894
IV) Significado de la reforma	894
Art. 1858 – Títulos con cotización pública	895
I) Resumen	895
II) Concordancias	895
III) Interpretación de la norma	895
IV) Significado de la reforma	896
Art. 1859 – Partes interesadas	896
I) Resumen	896
II) Concordancias	897
III) Interpretación de la norma	897
IV) Significado de la reforma	897
Art. 1860 – Observaciones	897
I) Resumen	897
II) Concordancias	897
III) Interpretación de la norma	898
III.1) El emisor en los títulos valores en serie	898
III.2) Contenido de la norma	898
IV) Significado de la reforma	898
Art. 1861 – Certificado provisorio	899
I) Resumen	899

II) Concordancias	899
III) Interpretación de la norma	899
IV) Significado de la reforma	900
Art. 1862 – Denegación. Acciones	900
I) Resumen	900
II) Concordancias	900
III) Interpretación de la norma	900
IV) Significado de la reforma	901
Art. 1863 – Depósito o entrega de las prestaciones	901
I) Resumen	901
II) Concordancias	902
III) Interpretación de la norma	902
IV) Significado de la reforma	902
Art. 1864 – Ejercicio de derechos de contenido no dinerario	903
I) Resumen	903
II) Concordancias	903
III) Interpretación de la norma	903
IV) Significado de la reforma	904
Art. 1865 – Títulos valores definitivos	904
I) Resumen	904
II) Concordancias	904
III) Interpretación de la norma	904
IV) Significado de la reforma	905
Art. 1866 – Presentación del portador	905
I) Resumen	905
II) Concordancias	905
III) Interpretación de la norma	905
III.1) Finalización del proceso de cancelación	905
III.2) Contenido de la norma	906
IV) Significado de la reforma	906
Art. 1867 – Adquirente en bolsa o caja de valores	906
I) Resumen	907
II) Concordancias	907
III) Interpretación de la norma	907
IV) Significado de la reforma	908

Art. 1868 – Desestimación de oposición	908
I) Resumen.....	909
II) Concordancias.....	909
III) Interpretación de la norma.....	909
IV) Significado de la reforma.....	910
Art. 1869 – Títulos valores nominativos no endosables	911
I) Resumen.....	911
II) Concordancias.....	911
III) Interpretación de la norma.....	911
IV) Significado de la reforma.....	912
Art. 1870 – Cupones separables	912
I) Resumen.....	912
II) Concordancias.....	913
III) Interpretación de la norma.....	913
IV) Significado de la reforma.....	913

PARÁGRAFO 3°

NORMAS APLICABLES A LOS TÍTULOS VALORES INDIVIDUALES

Art. 1871 – Denuncia	913
I) Resumen.....	914
II) Concordancias.....	914
III) Interpretación de la norma.....	914
IV) Significado de la reforma.....	915
Art. 1872 – Notificación	915
I) Resumen.....	915
II) Concordancias.....	915
III) Interpretación de la norma.....	915
IV) Significado de la reforma.....	916
Art. 1873 – Publicación. Pago anterior	916
I) Resumen.....	916
II) Concordancias.....	916
III) Interpretación de la norma.....	917
III.1) Publicidad legal.....	917
III.2) El pago del título valor objeto de cancelación.....	917
IV) Significado de la reforma.....	918

Art. 1874 – Duplicado. Cumplimiento	918
I) Resumen.....	918
II) Concordancias.....	918
III) Interpretación de la norma.....	918
III.1) Oposición del tercero.....	918
III.2) Derechos del cancelante ante la ausencia de oposición.....	919
IV) Significado de la reforma.....	919
Art. 1875 – Oposición	919
I) Resumen.....	920
II) Concordancias.....	920
III) Interpretación de la norma.....	920
III.1) Etapa necesaria y eventual en el proceso de cancelación.....	920
III.2) Contenido y trámite de la oposición.....	920
IV) Significado de la reforma.....	921

PARÁGRAFO 4°

SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DE LOS LIBROS DE REGISTRO

Art. 1876 – Denuncia	921
I) Resumen.....	922
II) Concordancias.....	922
III) Interpretación de la norma.....	922
III.1) Importancia del libro de registro para los títulos valores nominativos y los títulos valores no cartulares.....	922
III.2) Contenido de la norma.....	923
IV) Significado de la reforma.....	923
Art. 1877 – Publicaciones	923
I) Resumen.....	924
II) Concordancias.....	924
III) Interpretación de la norma.....	924
IV) Significado de la reforma.....	925
Art. 1878 – Trámite	925
I) Resumen.....	926
II) Concordancias.....	926

III) Interpretación de la norma	926
III.1) Procedimiento aplicable. Normas de la legislación concursal	926
III.2) Costas del procedimiento	927
IV) Significado de la reforma.	928
Art. 1879 – Nuevo libro	928
I) Resumen.	928
II) Concordancias	928
III) Interpretación de la norma	928
IV) Significado de la reforma.	929
Art. 1880 – Ejercicio de derechos	929
I) Resumen.	929
II) Concordancias	929
III) Interpretación de la norma	930
IV) Significado de la reforma.	930
Art. 1881 – Medidas especiales	930
I) Resumen.	930
II) Concordancias	931
III) Interpretación de la norma	931
IV) Significado de la reforma.	931