



EL SISTEMA UNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Aída Kemelmajer es miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba; Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Correspondiente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

“El intérprete que sacrifica la racionalidad del sistema al excesivo respeto de la tradición dogmática puede encontrarse en un callejón sin salida del que es difícil salir”⁵.

Ponencia de Aída Kemelmajer de Carlucci durante el Congreso de Responsabilidad Civil organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura. Octubre 2017.

Introducción⁶

Carbonnier enseñó que el orden jurídico reposa en tres pilares principales: *familia, contrato y propiedad*.

A esta trilogía, hoy habría que sumar una cuarta columna: *la responsabilidad civil*. “En un mundo en el que el accidente se encuentra en cada esquina, en cada lugar de trabajo, en cada casa, en el que las libertades individuales, aunque solemnemente proclamadas, son cotidianamente lesionadas, es necesario reparar, reglamentar y sancionar”⁷. Sin responsabilidad civil, faltaría el mecanismo a través del cual el ordenamiento reacciona ante una

5 GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale? en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 91.

6 Me he referido al tema que motiva estas reflexiones en el comentario al art. 1107 del Código Civil y leyes complementarias, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, pág. 325. También en un artículo titulado “Responsabilidad civil: hacia la unificación de las órbitas contractual y extracontractual”, en Rev. del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 61, junio 2000, n° 2, pág. 38, y en Rev. de la Universidad de Mendoza, n° 18, 2000, pág. 169; y en El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en la Argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia, publicado en Revista Anales Derecho UC; Temas de responsabilidad civil, Legis, Santiago de Chile, N° 3, marzo 2008, pág. 29. Estas reflexiones deben considerarse una continuación de esos trabajos, por lo que pido al lector tenga en consideración la bibliografía y jurisprudencia allí referenciada.

7 CARVAL, Suzanne, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Paris, LGDJ, 1995, n° 20 pág. 21.

circunstancia que lo contradice; de allí que se diga que “la función coactiva del derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad”⁸; que “exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines”⁹; y que “el mundo en el que cada una de las situaciones jurídicas está alojada está lleno de infinitas referencias en orden a establecer la responsabilidad de cada uno de sus componentes”¹⁰.

Sin embargo, en los hechos, la responsabilidad jurídica, sea civil, laboral, administrativa o penal, está sujeta a múltiples cambios de orden ético, filosófico, económico, etc. Por eso, puede decirse que la responsabilidad es “*una realidad en observación*”¹¹.

El sistema llamado “*bicéfalo*”¹² o “*binario*”¹³, que marca una línea divisoria entre la responsabilidad contractual y extracontractual, es uno de los aspectos “en observación” en casi todos los ordenamientos que lo receptan.

El Código Civil argentino adhirió al dualismo hasta su derogación y sustitución por el código civil y comercial de la nación argentina (de ahora en adelante CCyC), en vigencia desde el 1/8/2015.

El nuevo ordenamiento recogió la opinión doctrinal mayoritaria¹⁴, expresada en anteriores proyectos de reformas, y sistematizó el llamado “Derecho de daños” en un régimen *unificado* que ubicó en el libro III (Derechos personales), título V (otras fuentes de las obligaciones), capítulo I (responsabilidad

civil), dividido en once secciones (arts. 1708/1780).

Estas páginas tienen por objetivo explicar las razones del cambio y exponer las grandes líneas del nuevo sistema. Por el momento, me limito a transcribir –parcialmente– los fundamentos que acompañaron al anteproyecto presentado por la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo Nacional:

“En materia de reparación¹⁵, 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*”.

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).

¹⁵ Se aclara que es en materia de reparación, pues el art. 1708 admite entre las funciones de la responsabilidad no sólo a la reparación, sino también a la prevención, regulada en los arts. 1710/1713. El anteproyecto también preveía la función punitiva, pero fue eliminada por las reformas introducidas por el P.E.N durante el trámite de revisión.

⁸ SANZ ENCINAR, Abraham, El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho, en PANTALEÓN, Fernando (director), La responsabilidad en el derecho, Madrid, ed. Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 28.

⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad, en PANTALEÓN, Fernando (director), La responsabilidad en el derecho, Madrid, ed. Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 69.

¹⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, Noción de responsabilidad jurídica, en Sánchez de la Torre (editores) ¿Por qué se es responsable jurídicamente?, Madrid, ed. Dykinson y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2007, pág.10.

¹¹ KIRAT, Thierry, Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action, Paris, LGDJ, 2003, pág. 9.

¹² ROUSSEL, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n° 22.264.

¹³ GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág. 95.

¹⁴ Me remito a la bibliografía citada en mi artículo La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI. La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993, en JA 1993-11-807 y ss. Para esta visión unificadora ver también, ALTERINI, Atilio Anibal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad, LA LEY 1989-C-1186, Resp. Civil y Seguros, 2014-III, 239; Cita Online: AR/DOC/13125/2001; GHERSI, Carlos A., Teoría general de la reparación de daños, Bs. As., ed. Astrea, 2003, n° 10 y ss; TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, Bs As, ed. La Ley, 2004, t. I pág. 57 y ss; PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, Bs As, ed. La Ley, 2006, t. III, pág. 37 y ss; MOISSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, Responsabilidad contractual, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007, pág. 9 y ss; de los mismos autores, comentario al art. 1107, en Código Civil comentado, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2003, pág. 283; PICASSO, Sebastián, Comentario al Art. 1107 en Código civil, dirigido por A. Bueres y coordinado por E. Highton, Bs As, ed. Hammurabi, 1999, t. 3-A, pág. 351; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Bs As, ed. Lexis Nexis, 2006, pág. 89.

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 rea, o id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes¹⁶: 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 daños¹⁷.

16 Para esta cuestión, por mi parte, me permito sugerir la lectura de VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual, trad. por Leysser León, Lima, ed. Ara, 2002, pág. 44 y ss; SMORTO, Guido, Il danno da inadempimento, Padova, Cedam, 2005; MOISSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, Responsabilidad contractual, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007, pág. 9 y ss; LARROUMET, Christian, A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente, en Temas de responsabilidad civil, ed. Universidad Diego Portales, 2004, pág. 17; ESPINOSA ESPINOZA, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, 4º ed., Lima, ed. Gaceta Jurídica, 2006, pág. 35 y ss.

En mi opinión, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no se sustenta en la naturaleza, en la esencia de las cosas; sólo se trata de una diferencia de régimen, que el legislador regula, según elecciones más o menos convenientes.

Esquema de la línea divisoria del sistema bicéfalo o binario

A grandes trazos, la línea divisoria del sistema tradicional dualista responde al siguiente esquema:

- a) En sentido amplio, la responsabilidad *contractual* puede definirse como “la obligación del contrayente deudor que no ha cumplido la prestación o que la ha cumplido mal o fuera de tiempo, de resarcir el daño al acreedor”¹⁷. O sea, incurre en responsabilidad contractual quien causa un daño al contrayente un deber específico previo que lo une a otro sujeto.

17 FERRARI, Franco. Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, pág. 17.

- b) La responsabilidad **extracontractual** nace, en cambio, cuando se causa un daño contrariando el **deber genérico** de no dañar a otro.

Se afirma que ambas reposan sobre dos nociones distintas:

- (i) **La autonomía negocial, en el ámbito contractual.**
- (ii) **La solidaridad (que impone el recíproco respeto entre las esferas jurídicas a las que se pertenece), en el área extracontractual**¹⁸.

Brevísima referencia histórica de la doctrina que acepta el binarismo

La distinción entre el incumplimiento de las obligaciones y el acto ilícito se remonta al derecho romano en la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones¹⁹. Sin embargo, la exposición sistemática de la dualidad, al parecer, fue expuesta originalmente por Zacharie; posteriormente, recibió el apoyo de Larombière, para quien “el art. 1382 del Código Civil francés²⁰ es extraño a la culpa contractual”, añadiendo que “la entrada del art. 1382 en la regulación de los contratos subvertiría completamente la reglamentación contractual querida por las partes”²¹.

El punto de partida

En mi opinión, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no se sustenta en la **naturaleza**, en la **esencia** de las cosas; sólo se trata de una diferencia de régimen, que el legislador regula, según elecciones más o menos convenientes²².

Dos argumentos, entre otros, fundan este aserto:

- (i) Ciertas responsabilidades entran en uno u en otro campo, según los diversos sistemas jurídicos; así, por ej., mientras la responsabilidad médica, como regla, es contractual en los sistemas continentales²³, es extracontractual (**tort of medical malpractice**) en los EE. UU. No obstante, no hay diferencias fundamentales: en ambos sistemas la carga de la prueba de la culpa médica recae sobre el paciente, se recurre a la regla

res ipsa loquitur, etc.²⁴. Más aún, en Francia, después de la sanción de la ley núm. 2002-303, que lleva por título “Ley relativa a los Derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud”, conocida con el nombre de ley **Kouchner**, por el ministro que la llevó adelante, ese país puede ubicarse entre los países que han unificado el sistema de la responsabilidad en el área de salud²⁵.

- (ii) “Nuevos” daños, rigurosamente analizados, no pueden ser fácilmente identificados en uno u otro campo (incumplimiento contractual o responsabilidad extracontractual). Véanse los siguientes casos extraídos de la jurisprudencia argentina:

- daños causados a **personas** en supermercados o centros comerciales:
 - * si la alarma sonó sin estruendos, pero la clienta – menor de edad – fue demorada, trasladándola a una oficina interna, llevándose adelante el procedimiento

18 DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 9. Desde un ángulo diverso, y en fórmula hoy muy criticada, en el Common Law se sostiene que “el autor del ilícito es responsable por hacer mal las cosas; el contratante, por no hacerlas mejor”. Aclaro que he traducido la palabra “tort” por ilícito extracontractual, pero no es totalmente exacto, pues no existe en castellano una expresión exactamente equivalente (Compulsar MARKESINIS B. and DEAKIN, Tort Law, 3° ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 9).

19 PICASSO, Sebastián, Comentario al art. 1716, en LORENZETTI, Ricardo L. (director) Código civil y comercial de la nación comentado, ed. Rubinzal, Bs As, 2015, t. VIII, pág. 345.

20 Correlativo al art. 1902 del código español, 1382 de República Dominicana, etc.

21 Ver estos datos en DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Civitas, 1999, pág. 248.

22 Ver ALPA, Guido, Responsabilità civile e Danno, Bologna, ed. Il Mulino, 1991, pág. 17.

23 Tanto en Italia cuanto en Argentina la responsabilidad médica es en principio contractual, pero abre la vía extracontractual. Para el derecho italiano ver DE MATTEIS, Raffaella, La responsabilità medica, Padova, Cedam, 1995, pág. 21.

24 GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale? en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 89.

25 Ver, de mi autoría, Derecho de la salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina, en Derecho de la salud. XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires (octubre, 2005), Bs. As., ed. La Ley, 2007, pág. 157 y ss y la doctrina allí citada.

sin testigos independientes desde que sólo estaba personal de seguridad del negocio²⁶;

- * si el cliente fue detenido por los empleados de seguridad, ante la sospecha de que estaba sustrayendo mercaderías que estaban siendo ubicadas en una góndola, resultando finalmente falsa la imputación²⁷.
- hurto del automóvil en la playa de estacionamiento de un centro comercial si el propietario del vehículo no prueba que efectivamente compró en alguno de los negocios²⁸.
- daño causado por la dueña que se negó a alquilar un departamento porque los futuros inquilinos profesaban la religión judía²⁹.

Ámbitos en los que se verifican las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual

No analizaré cada una de las diferencias –reales o ficticias– que dividen ambos campos, pues han sido explicadas minuciosamente por la doctrina de todos los países.

Enumeraré sólo las que son objeto de reiterada discusión en el ámbito jurisprudencial.

- **Plazo de prescripción**

Como regla, el código de Vélez, a diferencia de lo que acontece en otros países, establecía un plazo ordinario de prescripción de la acción para reclamar los daños derivados de la responsabilidad contractual más extenso que el de la responsabilidad extracontractual (10 y 2 años, respectivamente). En general, pues, en este aspecto, la situación del dañado era más favorable en el ámbito contractual. Sin embargo, a veces, la acción contractual tenía un plazo más breve (como sucedía para el transporte terrestre de personas).

El CCyC ha unificado el plazo de prescripción de las acciones de daños; sean derivados del incumplimiento contractual o del deber general de no dañar,

el plazo de prescripción es tres años (art. 2561)³⁰, sin perjuicio de establecer otros plazos para daños causados en situaciones especiales. Así,

- a) declara **imprescriptibles** las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (art. 2561).
- b) establece el plazo de **diez años** para reclamar el resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces, computado desde el cese de la incapacidad.
- c) prevé el plazo de **dos años** para el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo (art. 2562 inc. b) y los que derivan del contrato de transporte de personas o cosas (art. 2532 inc. d).
- d) dispone el plazo **anual** para reclamar los daños derivados de la ruina (art. 2564 inc. c) y por vicios redhibitorios si no producen ruina (art. 2564 inc. a).

- **Responsabilidad por el hecho de otro**

La responsabilidad por el hecho de otro sería más amplia en el ámbito contractual que en el extracontractual. En el primero, está fuera de

26 Cám. Nac. Civ. sala C, 16/6/2015, ED 220-638

27 Cám. Civ.Com. y Contenciosoadministrativo de Río Cuarto, Córdoba, 16/8/2004, La Ley Córdoba 2005-129 y en JA 2005-II-189; Cám. Nac. Civ. sala E, 21/4/2005, Rev. Responsabilidad civil y Seguros, año VII, n° 7, pág. 70; ídem. Sala D, 8/9/2008, JA 2010-I-221.

28 Cám. Nac. Civ. sala I, 4/11/2004, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año VII, n° 2, setiembre 2005, pág. 96: “El supermercado que ofrece un sector de estacionamiento a sus clientes con la finalidad de que efectúen compras en él realiza una oferta a personas indeterminadas que se complementa por la aceptación de una persona determinada, quedando configurado un contrato que impone la custodia derivada de la actividad comercial principal realizada por el establecimiento, de lo cual se desprende un deber de seguridad objetivo porque no presta dicho servicio en forma interesada sino que se sirve de él como medio para atraer clientes”.

29 Cám. Nac. Civ. sala J, 11/10/2006, LL 2006-F-344.

30 Compulsar, ALFERILLO, Pascual E., Prescripción del derecho para demandar la indemnización de los daños en el código civil y en el código unificado proyectado. Estudio comparativo, en Rev. Derecho de daños 2014-2-227.

duda que, como dice Geneviève Viney, si el deudor no fuese responsable por los daños causados por las personas que él mismo introduce para el cumplimiento de la convención, absurdamente, el ordenamiento jurídico lo autorizaría a desligarse unilateralmente de las obligaciones asumidas³¹.

El segundo sería más restrictivo, en tanto requiere una relación de **dependencia** entre el comitente y el autor, calificación que supone la posibilidad de dar instrucciones, aunque la facultad no tenga base en un contrato de trabajo (ni siquiera en un contrato válido), las tareas no sean remuneradas, no se haya tenido oportunidad de elegir, y el comitente carezca de los conocimientos especiales que sí tiene el dependiente.

En este sentido, refiriéndose a la responsabilidad contractual, un autor español afirma: "Se consideran **auxiliares** no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino **cualquier persona** (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto fáctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental. Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar, que puede ser o no de dependencia, sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria; por eso, basta que el tercero auxiliar haya sido incorporado para el cumplimiento de la obligación, sea para efectivizar, sea para cooperar en él"³².

La terminología del Código Civil italiano apoya esta distinción: el art. 1228 (que regula la responsabilidad **contractual**) dispone: "Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación **se vale de la obra de terceros**, responde también de los hechos dolosos o culposos de éstos". Para la **extracontractual**, en cambio, el art. 2049 dice: "Los patronos y los comitentes son responsables por los daños causados por el hecho ilícito de sus **domésticos y empleados** en el ejercicio de las incumbencias a que están adscritos". La doctrina explica que en el art. 1228 cabe no sólo el dependiente ligado con vínculos de subordinación, sino también cualquier sujeto que ha colaborado con el deudor en la operación preordenada, aunque sea extraño a su hacienda y a las relaciones entre acreedor y deudor³³.

Otros autores, en cambio, entienden que no se debe distinguir. En esta posición, en la Argentina, Bueres afirma: "no hay diferencias en uno u otro ámbito. La noción de dependencia aparece en las dos órbitas aludidas, pues ella no

supone de manera indefectible la presencia de un nexo negocial o de una relación que exija vigilancia o imposición de autoridad efectivas. El ejecutor del último tramo del plan de prestación es siempre un dependiente si promedia una autorización para obrar. Cuando los poderes de elección, contralor, dirección etc., se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción pudiera concebirse en su existencia, el deber de responder reflejo o indirecto por el actuar ajeno deja de ser tal y da paso, se transforma, en una obligación de seguridad que funciona con carácter secundario respecto de la prestación principal y cuya trasgresión engendra una responsabilidad contractual y directa del deudor"³⁴.

El art. 1753 del CCyC de la Argentina regula ambas situaciones (dependientes y auxiliares), dándole iguales efectos, bajo el siguiente texto:

"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

31 VINEY, Geneviève, *Traité de Droit Civil, sous la direction de J. Ghestin. Introduction à la responsabilité*, 2° ed, Paris, LGDJ, 1995, n° 818.

32 JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 564.

33 Ver, entre muchos, DE MARCO, Carmelo, *La R.C. nel trasporto di persone e cose*, Milano, ed. Giuffrè, 1985, pág. 19.

34 BUERES, Alberto, *La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español*, *La Revista del Foro de Cuyo*, 1992 n° 4, pág. 18.

excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

- **Régimen de la solidaridad**

El art. 1751 ha borrado las diferencias existentes con anterioridad, referida a *la obligación de resarcir*, al disponer:

“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”.

- **Cláusulas convencionales relativas a la responsabilidad (limitativas y extensivas)**

Si las partes han estado unidas por vínculos contractuales, han podido prever las consecuencias del incumplimiento, tanto para agravar sus consecuencias (cláusula penal, asunción de riesgos, etc.) cuanto para restringirlas (cláusulas limitativas). Esta situación no opera, normalmente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

De cualquier modo, esta distinción rige en el ámbito de los llamados contratos “negociados”, regidos esencialmente por el principio de la autonomía de la voluntad, siempre que los derechos en juego sean disponibles; por el contrario, se tienen por no escritas si perjudican al consumidor (art. 37 incs. a y b de la ley 24.240) o aún sin la intervención de un consumidor, si han sido incorporadas en contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas³⁵.

En este sentido, el art. 988 del CCyC argentino, al regular las cláusulas abusivas en ese tipo de contratación, dispone:

“En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

- **Extensión de la reparación**

Como regla, en casi todos los países que siguen el sistema binario, en la responsabilidad *contractual* por culpa sólo se responde por las consecuencias *inmediatas previsibles al tiempo de contratar*; en cambio, en la *extracontractual* se responde de las consecuencias *inmediatas y mediatas previsibles al momento del hecho dañoso*.

En tal sentido, el art. 1107 del Código español prevé que “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o los que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación”. Sigue de este modo el art. 1150 del Cód. Civil francés, según el cual “el deudor sólo está obligado a los daños y perjuicios que hayan sido previstos o que se hubieran podido prever en el momento de contratar, siempre que la inejecución de la obligación no haya ocurrido por su dolo”³⁶.

El sistema es aparentemente fácil, pero no lo es su aplicación. A propósito de esa dificultad, y refiriéndose a la legislación inglesa, Thaller decía que “es asombroso que un pueblo que tiene acentuado el genio de los negocios, al punto de no serle

35 Para esta distinción ver YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea), en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini, Bs, As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 110.

36 Para el tema en el derecho francés ver, entre otros, LE TOURNAU, Philippe Y CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Paris, Dalloz, 1996, n° 356 y ss.

disputado en Europa el primer puesto, no haya sabido dar a sus leyes una forma fácil y un estilo accesible a todos, permaneciendo esclavo de los procedimientos y del lenguaje judicial de otros tiempos". Cermesoni recuerda esas palabras y las aplica al sistema legal argentino que ideó Vélez Sarsfield, calificándolo de "alambicado"³⁷.

Los textos hoy vigentes en Argentina disponen:

"ARTÍCULO 1726. Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles".

"ARTÍCULO 1727. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbra 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**".

"ARTÍCULO 1728. Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento". Sobre la base de estos tres artículos, en la Argentina, el sistema de atribución de consecuencias se construye sobre las siguientes reglas:

- (i) Se requiere **causalidad adecuada** entre el hecho imputado y el daño causado.
- (ii) Se responde de las consecuencias **inmediatas** y las **mediatas previsibles**.
- (iii) El concepto de inmediatez supone que entre el hecho generador y el resultado producido **no existe interferencia alguna**, según la información que aporta objetivamente la experiencia, toda vez que esa relación conexa, habitualmente, sucede conforme la fuerza de las cosas.
- (iv) Las consecuencias **mediatas**, en cambio, son aquellas que resultan de la conexión del hecho jurídico generador con un acontecimiento distinto, pero habitualmente ligado al primero y, por lo tanto, ordinariamente previsible³⁸.

(v) En la responsabilidad extracontractual, la previsibilidad se mide al momento del hecho dañoso.

(iv) En la contractual, se considera lo previsto o que pudo ser previsto al **momento de la contratación**; sólo si el incumplimiento es **doloso** se responde también de las que eran previsibles **al momento del incumplimiento que genera el daño**.

La solución legal recoge la opinión doctrinal mayoritaria, partidaria de un régimen de reparación que comprenda las consecuencias inmediatas y mediatas **previsibles**, sea la responsabilidad contractual o extracontractual³⁹.

En este sentido, el recordado maestro Morello aplaudía la jurisprudencia que "se colocaba a la vera de la disputa de escuelas o de criterios rígidos que no se compadecen con la necesidad de conjugar satisfactoriamente los centros de interés opuestos de acreedor y deudor que no toleran ser resueltos con patrón único. No ha de extrañar, por consiguiente, que los órganos judiciales, teniendo amplio poder de apreciación para determinar el daño, hayan sabido adaptar la pretensión del acreedor encaminada a obtener una sentencia de condena que consagra el principio de la reparación integral,

37 CERMESONI, Fernando, Doctrina general sobre las consecuencias de los actos: inmediatas, mediatas y casuales, JA t. XII, 1924, pág. 843.

38 GOLDENBERG, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Bs. As., ed. Astrea, 1984, n° 19, pág. 67; conf. AGOGLIA-BORAGINA-MESA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, Bs. As., ed. Hammurabi, 1993, n° 39, pág. 285.

39 Conforme el articulado del Código civil anterior, en cambio, en la responsabilidad contractual culposa sólo se respondía de las consecuencias inmediatas.

en todos los casos con oportunas discriminaciones según se trate de inejecución dolosa o culpable⁴⁰.

En efecto, un importante número de jueces insistían en que el nudo gordiano pasaba por la **previsibilidad** y no por el carácter mediato o inmediato de la consecuencia. Véase el siguiente caso resuelto por la Sala I de la Corte de Mendoza⁴¹: Una máquina era transportada en un camión; la causa-fuente de ese traslado era un contrato de transporte que unía a ambas partes; la máquina se cayó del camión por culpa del transportista (no acomodó adecuadamente la carga). La cuestión discutida no era si el transportista responde por los daños causados a la máquina (desde que había acuerdo en la respuesta afirmativa) sino la extensión de esa responsabilidad, por cuanto además de pagar los costos de reparación, el juez de grado había condenado al transportista a restituir las sumas que el actor había pagado a terceros, en concepto de multas pactadas, por no haber cumplido con las entregas prometidas al no tener la máquina con la cual él elaboraba los productos oportunamente vendidos. La Corte mendocina calificó la responsabilidad del transportista de contractual, y sostuvo que las indemnizaciones tarifadas pagadas a terceros por el dueño de la máquina no son indemnizables. Explicó que aún en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en el que las consecuencias mediatas siempre fueron indemnizables, el acontecimiento diverso que se acopla al acto inicial es habitualmente **conexo** a él como **contingencia probable** y, por lo tanto, **previsible** a la luz de las reglas de la experiencia. En otros términos, las consecuencias mediatas, al igual que las inmediatas, responden al criterio de la regularidad (lo que sucede según el curso natural y ordinario de las cosas); se imputan al agente los efectos que suelen ocurrir normal y ordinariamente, diferenciándose dichas categorías **sólo por su grado de intermediación con referencia al acto**. Pues bien, indemnizaciones tarifadas pactadas **con terceros** (cláusulas penales) no son una contingencia que el autor del daño pueda prever normal y ordinariamente al momento de la celebración del contrato. El Superior Tribunal provincial también valoró que el cargador no era un típico consumidor ni la parte débil de la contratación; por el contrario, era tan empresario como el demandado. Concluyó que “alguien podría pensar que la reparación no es justa si el resarcimiento no cubre todos los aspectos patrimoniales sufridos por la víctima; sin embargo, extender la indemnización a perjuicios que no guardan relación

de causalidad adecuada con el obrar del agente implica extender el ámbito de la responsabilidad a límites insospechados, con injustificado ataque al valor seguridad jurídica y severo perjuicio a la economía general”.

Primer problema del dualismo: determinación del campo residual y del ámbito cerrado

El dualismo exige identificar el campo residual o abierto y el ámbito cerrado. En otros términos: dado que las categorías jurídicas normalmente no comprenden todos los casos que la realidad presenta, es menester saber cuál es el ámbito que recoge los casos no previstos, cuál es el que debe ser considerado el “derecho común”.

Para algunos, el derecho común es la responsabilidad delictual o aquiliana; consecuentemente, todo lo que no es responsabilidad contractual, ingresa al ámbito extracontractual, sea o no un hecho ilícito.

Para otros, en cambio, la categoría cerrada, que sólo contiene los daños derivados de **ilícitos strictu sensu**, es el ámbito extracontractual; el resto se rige por las reglas de la responsabilidad contractual⁴².

La determinación del campo residual no es cuestión menor, sobre todo si se tiene en consideración

40 MORELLO-GALDÓS, Indemnización del daño contractual, 3° ed., Bs. As., ed. LexisNexis, 2003, pág. 459 n° 231.

41 Suprema Corte de Mendoza, sala I, 28/7/2005, en EIDial 26/8/2005, La Ley Gran Cuyo 2005-1195 y Jurisprudencia Santaefecina 67-55. En un caso similar, el mismo tribunal, rechazó las consecuencias mediatas invocadas por un cuenta-correntista que imputaba al banco (que había cerrado antijurídicamente la cuenta corriente) el daño consistente en la pérdida de ganancias provenientes de un contrato celebrado con un tercero (Bueno Daniel c/ Bank of Boston, 28/7/2005, registrado en Libro de sentencias 353-204, inédito). La Corte dijo que la circunstancia de que el contrato suscripto con el tercero hubiese sido reconocido en juicio no significa que todas cláusulas hayan sido previsibles para el banco al momento del incumplimiento del contrato de cuenta corriente bancario.

42 Compulsar FERRARI, Franco, Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 18; en Argentina, ver Bustamante Alsina, Jorge, La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual es de excepción, JA 1989-IV-475.

que los casos discutidos (por ej., daños derivados de conductas lícitas que generan obligación de responder, daños causados por incumplimiento de la voluntad unilateral, por el transporte benévolo, por los profesionales médicos, etc.) recibirían distinta respuesta según cuál sea la posición que se asuma frente a su categorización.

Segundo problema del dualismo. Concepto de responsabilidad contractual

Aunque el campo residual esté delimitado, queda el problema de definir la responsabilidad **contractual**, llamada también **obligacional**⁴³.

¿Se configura la responsabilidad contractual con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación nacida de un contrato **strictu sensu** o basta el incumplimiento de una obligación **específica**, nacida de otras fuentes, como puede ser la voluntad unilateral, las relaciones de vecindad, etc.?

Sobre esta alternativa, hay para todos los gustos:

El Supremo de España ha dicho que la responsabilidad contractual puede estar precedida de una relación jurídica que no sea un contrato, sino otra clase de vínculos, como los generados por la comunidad de bienes, o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado. En otros términos, "aunque la obligación no derive de un contrato, si hay una relación jurídica que concede un medio **específico** para el resarcimiento, se excluye la aplicación del art. 1902 (responsabilidad por hecho ilícito) pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos relativos a la responsabilidad contractual"⁴⁴.

En cambio, para la Casación francesa la responsabilidad contractual se configura sólo si existe un contrato válido entre el responsable y la víctima; todo lo que no es contractual es, automáticamente, delictual⁴⁵.

Algunos casos del derecho norteamericano parecen seguir este último criterio. Así por ej., en **Marsalis c/ La Salle** un tribunal calificó como **tort** (responsabilidad extracontractual) una situación por demás curiosa: una mujer estaba en una droguería; sin darse cuenta, pisó un gato, y el animal

le mordió un pie. En esa época, los medios difundían una campaña que advertía sobre el peligro de las mordeduras de animales. La mujer **convino** con el farmacéutico, propietario del gato, que el animal no fuera recluido, contentándose con la promesa de que el propietario controlaría al gato durante 14 días y avisaría cualquier anormalidad a su clienta. Pero el dueño no cuidó al gato y éste se escapó. Dado que había pasado un mes y no se tenían noticias del animal, la mujer se sometió al tratamiento antirrábico, que no soportó bien, sufriendo diversas lesiones. Recién cuando salió del hospital, apareció el gato en perfecto estado. La Corte dijo que el dueño del animal no podía ser condenado por la mordedura (pues de su parte no hubo culpa, en tanto el animal no tenía antecedentes) pero fue condenado **extracontractualmente**, por las lesiones sufridas, por haber **incumplido** la promesa de controlar al gato⁴⁶.

Tercer problema: los casos dudosos

Mencionaré sólo algunos supuestos que muestran la amplitud de las zonas grises entre ambos regímenes.

43 PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario a sentencia del Trib. Superior de España, 26/1/1984, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 1984, n° 106, pág. 1263.

44 Trib. Supr. España, 26/1/1984, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 1984, n 106, pág. 1257, comentado por Fernando Pantaleón Prieto (en el caso, un contrato de servicio de alcantarillado de la ciudad para su vigilancia y mantenimiento y daño producido por filtraciones). El autor entiende que el Supremo violó el principio de congruencia pues la acción había sido calificada de extracontractual por la Cámara y la sentencia había sido apelada sólo por la demandada (beneficiada por la calificación, aunque no por el resultado final de la sentencia). Esta es la posición asumida en el derecho argentino, por ej., por NEGRI, Nicolás, Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal, en Rev. CCyC, año III, n° 7, agosto 2017, pág. 23.

45 Ver jurisprudencia citada por ROUSSEL, Franck, Violation du principe du non cumul de responsabilité délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n° 22.264.

46 Caso relatado por PROSSER, William, Il cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontractuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 408.

- **Acción ejercida por terceros que, sin ser parte del contrato, son beneficiarios de una obligación contractual y demandan los daños causados por la inejecución**⁴⁷

La jurisprudencia francesa ubica en la órbita *extracontractual* la mayoría de los supuestos mencionados en el título⁴⁸; no obstante, excepcionan a la regla, o sea, califica como contractuales, entre otras, las siguientes reclamaciones de daños: la del destinatario de la mercadería contra el transportista; la de los damnificados indirectos (*victimes par ricochet* de los daños a la persona) derivados del transporte; la del subadquirente contra el fabricante o el vendedor anterior en una cadena de contratos traslativos de propiedad⁴⁹.

De cualquier modo, las soluciones dadas por las diversas salas de la Casación francesa no siempre son coherentes. Véanse estos dos ejemplos:

(a) El propietario de una tintorería insertaba en los contratos suscritos con sus clientes una cláusula que prohibía a éstos, dentro de determinadas circunstancias, contratar con personas que habían sido sus empleadas en el pasado. La Sra. Legendre inició un juicio por daños y perjuicios contra su antiguo empleador, a quien acusaba de no haber podido encontrar trabajo por causa de esa disposición contenida en esos contratos con terceros. La Corte de Rouen hizo lugar a la demanda, fundada en que la cláusula limitaba la libertad de trabajo. La sala Social de la Casación casó la decisión con el insólito argumento de que la Sra. Legendre no era parte en los contratos en los que estas cláusulas estaban insertas, por lo que ella no podía invocarlas, y consecuentemente, la procedencia de la acción intentada requería la prueba de la existencia de una culpa cuasidelictual del empleador⁵⁰.

(b) En cambio, el 24/3/1998, la Sala Comercial de la Casación hizo lugar a la demanda interpuesta por una empresa contra un nuevo empleador que

había tomado a un ex empleado suyo, no obstante conocer que éste se había obligado a no trabajar para los competidores de su antiguo patrón durante un tiempo determinado. La solución sería correcta, pero sucede que el patrón ya había percibido del ex empleado el monto resultante de una cláusula penal prevista en el contrato. El tribunal de apelación rechazó la demanda porque el acreedor de una cláusula penal no puede acumular el principal y la pena, pero la Casación anuló la sentencia; argumentó que la acción por competencia desleal dirigida contra el nuevo empleador es procedente, pese a la existencia de una acción contractual contra el asalariado, y que ambas pueden acumularse, pues tienden a la reparación de un perjuicio diferente. Viney duda del acierto de la solución, pues la violación de la obligación de no competencia había sido convencionalmente tasada⁵¹.

- **Acción deducida contra un tercero que interfiere en las tratativas, o en la ejecución de un contrato celebrado, causando daños a uno de los contratantes**

La doctrina proporciona estos ejemplos como supuesto de las situaciones descriptas en el título: doble venta, en la que el segundo adquirente, conociendo la celebración de

47 Para el tema de los terceros (beneficiados y perjudicados) por el contrato, consultar especialmente KORTMANN, B. and FABER, D., *Contract and Third Parties*, en obra colectiva, *Towards a European Civil Code*, London, ed. Martinus Nijhoff, 1994, pág. 223.

48 Por ejemplo, se ha considerado *extracontractual* la responsabilidad de la agencia inmobiliaria que violó el deber de información, frente a los adquirentes de un inmueble y frente al banco que prestó el dinero, por los daños producidos por la nulidad del acto de enajenación por error en las cualidades sustanciales de la cosa (Cass. 16/12/1992, reseñado y comentado por JOURDAIN, Patrice, *Responsabilité civile en Rev. Trim. Droit Civil*, 1993 pág. 362).

49 Compulsar VINEY, Geneviève, *Responsabilité civile*, La Semaine Juridique, 1995, Chronique n° 3853.

50 Cass Soc. 5/6/1995, caso relatado por GHESTIN, Jacques, *Droit des Obligations*, La Semaine Juridique 1997, Chronique, n° 4002. Casos semejantes fueron analizados por prestigiosa doctrina italiana a principios del siglo XX respecto del pacto concertado entre las aseguradoras de no contratar con quienes, con anterioridad, habían sido empleados de una empresa adherente al pacto. Explica Angelo Sraffa que con este pacto, las aseguradoras intentaron concluir la guerra declarada entre ellas, desde que por varios años se sacaron unas a las otras los mejores empleados. Pero la paz pretendió firmarse con un acto de guerra contra los empleados (Compulsar, SRAFFA, Angelo, *Contratti a danno di terzi*, en *Riv. di Diritto Commerciale*, 1903. PP, pág. 452; del mismo autor, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1904. PP, pág. 67). En contra, sosteniendo que en estos casos no hay derecho a la indemnización, PEROZZI, Silvio, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1904, PP, pág. 63. Los casos también son resumidos por FRANZONI, Massimo, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Alpa-Bessone, I contratti in generale*, Torino, Utet, 1991, t. IV, pág. 1068, y en *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, pág. 1597 y ss.)

51 Cass. Ch. Comm. 24/3/1998, relatado por VINEY, Geneviève, *Responsabilité civile*, La Semaine Juridique, 1998, Chronique n° 1.185.

la primera, logra inscribir en el registro el documento que instrumenta su acto; doble concesión de derechos personales de uso, instigación a violar los supuestos de prioridad legal, etc.

Estos casos se ubican, generalmente, en el ámbito **extracontractual**, pero la solución no siempre es fácil⁵².

Véase la situación que debieron resolver los jueces italianos: El famoso pintor Giorgio De Chirico firmó una constancia, pegada detrás de un cuadro, en la que declaraba que la firma inserta en esa pintura era suya; esa declaración firmada fue autenticada por un escribano. Un subadquirente del cuadro, un tal Fabio Failla, tercero respecto al pintor, probó en juicio la falsedad de la pintura y reclamó a De Chirico la reparación de los daños consistentes en haber pagado una falsificación; la demanda fue acogida y se condenó al pintor al pago de una suma cercana a 12.000.000 de liras, con fundamento en la responsabilidad **extracontractual** por "haber colocado negligentemente su firma en un cuadro que resultó falso". La Corte de Apelación de Roma, en cambio, había revocado la decisión de condena del juez de primera instancia, con el argumento de que la asunción de la paternidad de la obra falsa no lo hacía responsable frente a un tercero, con quien no tenía vínculos contractuales, y que la colocación de su firma no podía ser considerada un hecho ilícito. Relató como dato anecdótico que, antes de que la Casación dictara la sentencia definitiva, el pintor murió, y el proceso continuó contra la viuda⁵³.

- **Acción deducida por el tercero perjudicado no contratante**

A veces, el incumplimiento del contrato configura una culpa delictual pero **el tercero dañado que inicia la acción por responsabilidad extracontractual puede probar la culpa del autor del ilícito a través de la prueba del incumplimiento contractual**; en estos casos, el tercero opone el contrato como un hecho (*en tant que fait*⁵⁴).

– La Sala I de Suprema Corte de Justicia de Mendoza tuvo oportunidad de aplicar la noción del "**contrato en tanto hecho**" en un caso de especiales

particularidades⁵⁵. Una persona había suscripto un contrato atípico de estacionamiento de vehículos; el automóvil que allí estacionaba cada día no era de su propiedad, sino de su hermana; un día, el automotor fue hurtado por un tercero. La **dueña del automóvil** inició demanda por los daños sufridos contra el titular de la empresa de estacionamiento. El tribunal de apelaciones rechazó la demanda; sostuvo que la actora no estaba legitimada porque no había suscripto el contrato; la única acción era la extracontractual contra el autor del ilícito (persona que no había podido ser individualizada) o en su caso, contra el dependiente, si se le probaba la culpa. La Corte revocó la sentencia. Abordó dos cuestiones: una procesal y la otra sustancial. En lo procesal, dijo que la demanda se limitaba a relatar los hechos, sin haber calificado su pretensión como responsabilidad contractual. En lo sustancial, para llegar a la condena, argumentó del siguiente modo:

A) **Legitimación para demandar por los hurtos de automotores estacionados en garajes o playas de estacionamiento**

La jurisprudencia nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse en algunos supuestos específicos. Así, por ej., se han acogido las acciones de la aseguradora que pagó a su asegurado contra robo del

52 Compulsar, especialmente, FRANZONI, Massimo, La tutela aquiliana del contratto, en Alpa-Bessone, I contratti in generale, Torino, Utet, 1991, t. IV, pág. 1053 y en I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, pág. 1597; POLETTI, Dianora, Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto, en Contratto e impresa, 1991 n° 2, pág. 733 y ss; CASTRONOVO, Carlos, La nuova responsabilità civile. Regola e metafora, Milano, ed. Giuffrè, 1991, pág. 19. Para la responsabilidad extracontractual del segundo adquirente que con su compra impide que el primero ejerza su derecho de prioridad u opción, ver sentencia de la Casación italiana sez. 119/1/1997, reseñada y comentada por BATA, A. e SPIRITO, A., Danno e responsabilità, 1997, n° 3, G. 391.

53 La sentencia se transcribe en VISINTINI, Giovanna, I fatti Illeciti, Cedam, Padova, 1987, pág. 457. También es relatada y comentada por CASTRONOVO, Carlos, La nuova responsabilità civile. Regola e metafora, Milano, ed. Giuffrè, 1991, pág. 27.

54 Ver JOURDAIN, Patrice, Faute délictuelle et manquement contractuel : des relations complexes. Illustration à travers les fautes délictuelles de l'entrepreneur et du mandataire, en Rev. Trim., Droit Civil, 1995-4-895.

55 C.S.Mza, 12/10/2006, Giacomo, Claudia c/ Schmulevich, Alberto Gabriel p/ D. y P, Actualidad Jurídica Región Cuyo, 2007-1211.

vehículo⁵⁶. El caso no debería generar dudas, desde que la aseguradora se subroga en la posición jurídica de su asegurado. También se ha legitimado a quien figura en el “formulario 08” como comprador de un automotor, con firma certificada por escribano público “pues se encuentra debidamente acreditado el carácter de poseedor con ánimo de dueño con relación al vehículo siniestrado y con ello su legitimación sustancial activa”⁵⁷.

B) **Naturaleza jurídica de la responsabilidad**

Cuando quien reclama es la persona que ha estacionado el vehículo, la jurisprudencia mayoritaria encuadra la responsabilidad en la órbita contractual. Sin embargo, aún en estos casos, algunas decisiones encuadran el supuesto en la responsabilidad extracontractual con el siguiente argumento: “Siendo la playa de estacionamiento, considerada como un todo, una cosa en el sentido del art. 2311 del CC, su titular es responsable objetivamente en virtud del art. 1113, que es quien debería ejercer la guarda o custodia de la cosa que pone a disposición de terceros, de lo que surge una suerte de obligación de seguridad; con lo expuesto no se quiere insinuar que tal espacio sea dañoso *per se*, ni que sea capaz de causar un daño de manera causal y directa; pero es innegable que el deber de custodia recae sobre el titular de ese estacionamiento”⁵⁸.

C) **Justificación de la diversidad de fundamentos**

Independientemente del acierto o error de los fundamentos, no hay que sorprenderse de su variabilidad. En efecto, el contrato atípico, de existir, presenta algunas particularidades; así por ej., el ticket sería un “documento de legitimación”; por lo tanto, cabe responsabilizar al garajista que permite la salida de un automóvil sin que se le entregue el ticket⁵⁹ y liberarlo de su obligación de custodia si es de buena fe, por haber autorizado su salida a quien lo presentó⁶⁰.

D) **La resolución del caso**

Implícitamente, la Cámara había admitido que si la demanda hubiese sido interpuesta por la persona contratante, la demanda sería procedente; no lo

era, porque fue interpuesta por la propietaria del vehículo, persona no contratante.

El razonamiento es erróneo porque:

- (i) La propietaria del automotor está legitimada para reclamar **extracontractualmente** el daño derivado del hurto realizado por un tercero.
- (ii) La propietaria **pudo valerse del contrato suscripto por su hermana, en cuanto hecho**, para acreditar la culpa del propietario del garaje, cometida a través de su dependiente, que dejó salir el vehículo conducido por una persona que no conocía, que no era quien lo había dejado bajo su guarda y que no presentó el boleto identificatorio.

– En cambio, la demanda ha sido rechazada en casos con alguna similitud, tales como:

- * Pretensión del dueño de las cosas sustraídas que se encontraban en una caja de seguridad en un banco, “porque el contrato había sido celebrado por otra persona, que no era el titular de las cosas depositadas”⁶¹.
- * Daños invocados por el dueño de la cochera contra el comodatario, porque el comodante invocó la

56 Cám. 1° CC San Isidro, 30/11/1999, ED 188-492, con nota de MAZZINGHI (h), Jorge A., El robo de un vehículo de la playa de estacionamiento de un supermercado, la figura del depósito necesario y el análisis de otras situaciones parecidas; ídem. 11/4/2000, JA 2000-III-63, con nota de CROVI, Luis, Responsabilidad por incumplimiento del contrato de estacionamiento y en Rev. Jur. Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad, t. 43/44 pág. 113; Cám. Nac. Com. sala A, 21/4/1993, Rev. Jur. Argentina del Seguro, la empresa y la responsabilidad, n° 23/24, pág. 304; Cám. Nac. Com. sala A, 30/6/1888, Rev. Jur. Argentina del Seguro, la empresa y la responsabilidad, n° 17-20 pág. 229.

57 Cám. 6° CC Córdoba, 10/5/2005, La Ley Córdoba 2005-921; obviamente, también a la propietaria de una moto (Cám. Nac. Civ. sala I, 4/11/2004, Doc. Jud. 2005-1-596).

58 Cám. Nac. Com. sala B, 29/10/2001, ED 196-485.

59 Cám. 1° Civ. y Com. 4° nominación Córdoba, 26/2/2001, La Ley Córdoba 2001-1132.

60 COLOMBRES, Daniel, El ticket y su influencia en el contrato de garaje, LL 1995-A-696.

61 Cám. Nac. Com. sala A, 18/3/2015, Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 8 agosto 2015, pág. 196, cita online AR/JUR/11649/2015.

calidad de *guardián* del demandado, "sin especificar en qué habían consistido las conductas culposas que podrían haber dado lugar a la reparación del daño contractual causado por el comodatario" y, según el tribunal, modificar la calificación hubiese sido violar el derecho de defensa del demandado incurriendo en el vicio de incongruencia⁶².

- **Daños causados en las relaciones entre comuneros y entre vecinos**

El panorama de los daños causados en las relaciones de vecindad es poco claro. Los autores discrepan sobre la naturaleza de esta responsabilidad, hoy regulada por el art. 1973 del CCyC argentino⁶³. Algunos⁶⁴ entienden que la situación se rige por las normas de la responsabilidad aquiliana. Otros consideran que los daños contemplados en este artículo tienen su fuente en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes accesorios de conducta que, por imperio del art. 961⁶⁵ integran la relación contractual⁶⁶.

En el ámbito de la propiedad horizontal no se duda que los daños que tienen origen en el incumplimiento de las obligaciones impuestas expresamente por el reglamento de copropiedad están regidos por los principios de la responsabilidad contractual toda vez que el daño es sufrido por personas que son destinatarias de esos derechos y obligaciones⁶⁷. En este sentido, se afirma que "dada la naturaleza contractual del reglamento de copropiedad y administración, se aplica a la acción por violación de cualquiera de sus cláusulas, referidas a obras nuevas o al uso indebido de la unidad el plazo de prescripción común a la responsabilidad contractual"⁶⁸. Para otros, en

cambio, si la obligación no está expresa, parece razonable remitirse a la obligación legal de no dañar y aplicar el plazo de la responsabilidad aquiliana.

Frente a *terceros*, el consorcio responde con base en las reglas de la responsabilidad *extracontractual*. En este sentido, "siendo extracontractual la responsabilidad del consorcio hacia el locatario de una unidad, corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación incoada por consorcio de propietarios contra la acción interpuesta por el tenedor de local comercial que reclamó los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia de los trabajos realizados por aquel para reparar las cañerías de gas, toda vez que el actor no fundó su reclamo en la existencia de una relación convencional con el consorcio, sino que invocó el contrato de locación respectivo *a fin de explicar su carácter de tenedor del local*"⁶⁹.

- **Otros supuestos**

Otros casos dudosos se presentaron a los jueces argentinos en los que, incluso, daños reclamados en la misma demanda fueron calificados unos contractuales y otros extracontractuales.

Así, por ej., la pretensión de los herederos de un artista muy popular para percibir los aranceles que

62 Cám. Apel. Trelew sala A. 28/4/2015, Rev. Respons. Civil y Seguros, año XVII, n° 8 agosto 2015, pág. 107, cita online AR/JUR/6981/2015 y en la misma Revista, año XVIII, n° 3, marzo 2016, pág. 45, con nota de RODRIGUEZ SALTO, Pablo Daniel, Sobre la noción de guardián y la responsabilidad del comodatario.

63 El art. 1973 dispone: "Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción".

64 AREAN, Beatriz, en BUERES, Alberto – HIGHTON, Helena, Código Civil comentado y anotado, 2° ed., Bs As, ed. Hammurabi, Derechos Reales, 2004, t. 5-B, pág. 102; LAQUIS, Manuel, FLAH, L y SMAYEVSKY, M., Derechos Reales, Bs. As., Depalma, 2000, t. V pág. 251.

65 El art.961 dice: "Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fé. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

66 CARLUCCI, Fabiana y MARTINELLI, Fabiana, Comentario al art. 2691, Código civil comentado, dirigido por E. Zannoni y coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Bs. As., ed. Astrea, 2007, t 11, pág. 349.

67 "La infracción al reglamento de copropiedad, en virtud del incumplimiento por parte del consorcio de sus obligaciones, origina una responsabilidad de carácter contractual" (Cám. Nac. Civ. sala K, 29/9/2006, Doc. Jud. 2006-3-1092).

68 CNCiv. Sala F, 23/12/1996, LL 1997- C- 232. La sentencia califica la indemnización como compensatoria del "daño moral por irrupción en la paz de la vivienda de unidad sometida al régimen de propiedad horizontal".

Conf. CNCiv. Sala M, 16/09/2004, D.J. 2005-1, p.430.

69 CNCiv. Sala I, 17/05/2005, Doc. Jud. 2005-3, p.1255.

tenían causa en la repetición cinematográfica de las películas en las que el padre había participado como interprete fue calificada de contractual; en cambio, la acción para reclamar por los daños causados por el uso arbitrario de la imagen, nombre y voz se consideró sujeta a la prescripción breve, por tratarse de responsabilidad extracontractual⁷⁰.

¿Hay un ámbito más "progresista" que el otro?

Un prestigioso jurista argentino afirmó que "el ámbito aquiliano o extracontractual se ha mostrado, de cuatro décadas a la actualidad, como más sensible a las novedades o avances del derecho de Daños: los factores objetivos de imputación y la responsabilidad del principio por el hecho del dependiente; la actividad peligrosa y las cosas riesgosas no son receptadas cuando se trata del incumplimiento de un deber preexistente. Esto se traduce en un corrimiento de las fronteras de lo ilícito aquiliano al que se resiste lo ilícito contractual, abroquelado en planteos tradicionales"⁷¹.

La afirmación parece demasiado absoluta. En efecto:

- a) Algunos autores afirman que los primeros intentos de alejar la responsabilidad de la culpa nacieron en el ámbito contractual⁷².
- b) En el área contractual, al amparo del principio de buena fe, nacieron y se desarrollaron los llamados por los alemanes "deberes de protección", y por los franceses, "obligaciones de seguridad", que han llevado al marco contractual los daños derivados del incumplimiento de las prestaciones implícitas, no sólo en el contrato de transporte, sino en tantas otras relaciones convencionales. De hecho, los jueces "encontraron" la obligación de seguridad en ciertos contratos en épocas en que la responsabilidad por el hecho de las cosas no estaba suficientemente esclarecida⁷³, y

produjeron lo que se ha dado en llamar el "enriquecimiento" del campo contractual⁷⁴ o "contractualización de la responsabilidad aquiliana"⁷⁵, fenómeno que constituye uno de los factores que ha hecho perder consistencia a la distinción.

En tal sentido, Geneviève Viney dice que el acercamiento entre la inexecución de las obligaciones y la culpa delictual se ha producido, fundamentalmente, por el hábito de los tribunales, apoyado por la doctrina, de hacer de las obligaciones contractuales ciertos imperativos que, en realidad, son normas de comportamiento sancionables por la responsabilidad delictual⁷⁶.

En suma, puede afirmarse que existe un fenómeno común a todos los ordenamientos jurídicos⁷⁷ que muestra:

70 Cám. Nac. Civ. sala I, 26/8/2014, ED 260-167.

71 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿Unidad o separación? En Congreso Internacional de Responsabilidad civil. Fazendo Justiça no Terceiro Milênio, Blumenau, Brasil, 1995, vol. 1, pág. 125.

72 GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e extracontrattuale: una distinzione attuale?, en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 81. Por lo demás, la idea de una responsabilidad que no tiene a la culpa como elemento necesario campea en ambas órbitas, desde que tanto en una como en otra se admite que el resarcimiento del daño causado no tiene como función primaria "punir" al responsable sino adosarle las consecuencias económicas del evento dañoso (Ver MAJELLO, Ugo, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, en Scritti di Diritto Patrimoniale, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1992, pág. 256 y ss).

73 VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, trad. de Aída K. de Carlucci, Bs. As., Astrea, 1999, t. I n° 12; SAVAUX, Eric, La fin de la responsabilité contractuelle?, Rev. Trim. Droit Civil, 1999, n° 1 pág. 9. Efectivamente, la obligación de seguridad fue "descubierta" en 1911 en el contrato de transporte de personas, para mejorar la indemnización de los daños sufridos por los viajeros (Compulsar LETURMY, Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 857). Algunas sentencias declaran la existencia de este deber de seguridad en casos no del todo claros. Así, por ej., se ha estimado que la acción derivada de un accidente sufrido durante la ejecución de un contrato en el que el actor prometió colocar las chapas de un galpón de propiedad de la demandada, que habían sido removidas por un temporal, está sometida al régimen de la responsabilidad contractual, por lo que la locataria de la obra debe responder por incumplimiento de su obligación de seguridad, si el locador realizó la obra con un material que no se encontraba en condiciones, poniendo en peligro su persona (Cám. Nac. Civ. sala F, 14/12/1995, Gualtieri c/ Falabella, JA 1997-1-407).

74 Compulsar LETURMY, Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 856.

75 DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 32.

76 VINEY, Geneviève, Traité de Droit Civil sous la direction de J. Ghestin. Introduction a la responsabilité, 2° ed., Paris, LODJ, 1995, n° 168. B).

77 Para el Common Law, compulsar MARKESINIS B. and DEAKIN, Tort Law, 3° ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 13/16. La unificación de ambos regímenes y la incorporación de las actividades riesgosas y peligrosas en el ámbito de la responsabilidad objetiva ha llevado a un prestigioso autor a sostener que en la Argentina, ya no es necesario recurrir a la noción de obligación de seguridad en el derecho común, siendo útil, tan solo, en el ámbito del derecho de los consumidores (PICASSO, Sebastián, El fin de la obligación de seguridad en el derecho común, LL 2015-E-1220; El nuevo código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?, LL 2015-F-1160; Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común, Rev. CCyC, año I, n° 1, Julio 2015, pág. 146). Por el contrario, otro sector entiende que la obligación de seguridad pervive en la normativa del CCyC (Ver,

- a) Por un lado, la necesidad de escapar del derecho de los contratos para ingresar en el más flexible de la responsabilidad extracontractual;
- b) Por el otro, las permanentes huidas de la responsabilidad extracontractual para encontrar solución justa en los contratos.

Los resultados prácticos del dualismo

- **El desorden creado**

El sistema reparatorio dualista presenta problemas serios.

En Francia, Roussel afirma que la distinción entre responsabilidad contractual y delictual está considerablemente oscurecida y varía de acuerdo con "el humor de la jurisprudencia", por lo que se ha convertido en una "simple querrela de juristas"⁷⁸, pues lo cierto es que se trata de una distinción que tiene más de "accidentes históricos que de diferencias fundamentales"⁷⁹.

En Italia se ha dicho que "la progresiva devaluación de la contraposición entre responsabilidad contractual y extracontractual ha inducido a la doctrina a preguntarse sobre la validez conceptual y la oportunidad legislativa de la distinción"⁸⁰.

En España, Ricardo de Ángel Yagüez enseña que la dualidad constituye "una de las manifestaciones más patentes del sometimiento de la justicia material al conceptualismo", "del sacrificio de las soluciones razonables en el altar de la dogmática"⁸¹; en la misma línea, Díez Picazo agrega que "Las cláusulas contenidas en los contratos de seguros echan, por así decirlo, más leña al fuego"⁸².

entre otros, RINESSI, Antonio J. y REY, Rosa N., Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, en Rev. de Derecho de Daños, 2015-2-104 y ss

78 ROUSSEL, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilit  délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n  22.264.

79 TALLON, Denis, y autres, Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, Paris, ed. Pichon, 1987, pág. 82.

80 ROSSELLO, Carlos, Responsabilit  contrattuale e aquiliana: il punto sulla giurisprudenza, en Contratto e impresa, 1996 n 2, pág. 643.

81 DE ÁNGEL Y  GUEZ, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995, pág. 26.

82 DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Civitas, 1999, pág. 261. Efectivamente, esto es así porque muchas pólizas excluyen la responsabilidad contractual. El maestro español relata el caso de una joven, lesionada en un accidente de ski, que demand  invocando las normas de la responsabilidad extracontractual, pero acompaño un ticket para probar que había pagado para ser transportada. La aseguradora alegó que no debía responder porque ella aseguraba el riesgo extracontractual, no el contractual. La sentencia del Supremo, que confirmó la decisión de primera instancia y acogió la demanda, est  transcrita en DE ÁNGEL Y  GUEZ, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Civitas, 1993, pág. 29, y también en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n  27, 1991, pág. 777 y ss, con nota de MARTÍNEZ MARÍN, Mayro, Condiciones generales del contrato.  mbito de cobertura de póliza de seguro. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Contrato suscripto por el menor.

En algunas ocasiones, las injusticias del sistema llevan a los jueces a otorgar opciones sin apoyatura legal, en perjuicio a la seguridad jurídica.

La experiencia del Common Law no es más alentadora. Prosser dice que "cada vez que aparece un dualismo de conceptos o de teorías, se presentan muchas situaciones en las cuales las categorías se encaballan, la elección entre ellas deviene arbitraria y se funda menos en la lógica que en la simple necesidad de elegir"⁸³.

- **La tendencia a otorgar opciones. La inseguridad jurídica**

En algunas ocasiones, las injusticias del sistema llevan a los jueces a otorgar opciones sin apoyatura legal, en perjuicio a la seguridad jurídica. En efecto:

- a) A veces, algunas especialidades del régimen de prescripción de las acciones tienen fundamento en la necesidad de asegurar una rápida y definitiva liquidación de la relación

83 PROSSER, William, Il cumulo delle responsabilit  contrattuale ed extracontrattuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 409.



obligatoria, en concordancia con las exigencias del tráfico comercial. ¿Cómo pensar entonces que el ordenamiento permite que se las prive de eficacia mediante el simple expediente de reclamar por otra vía?

- b) Otras veces, la opción a favor de la vía extracontractual permite al contratante escapar a las limitaciones válidamente pactadas. Sostiene Pantaleón Prieto que esta conclusión es tan absurda que todos los autores que propician la opción aceptan, sin embargo, que rigen las cláusulas limitativas también en la órbita extracontractual⁸⁴; en igual sentido, Díez Picazo aprueba una decisión italiana que, en los años veinte, rechazó la demanda interpuesta por los herederos de un periodista que falleció en un accidente aéreo mientras cubría una nota porque, dadas las características de la prueba, los organizadores de la competencia habían hecho firmar a los periodistas que cubrían el acontecimiento deportivo un convenio con una cláusula que excluía expresamente la responsabilidad de la organización por cualquier tipo de suceso con los aeroplanos; el jurista español dice que la cláusula convencional no podía ser violada mediante el simple instrumento de deducir la pretensión, acudiendo a la órbita extracontractual⁸⁵.

Se afirma, entonces, que esta huída al ámbito extracontractual, esta expansión del derecho aquiliano puede llegar a “subvertir totalmente el castillo de los acuerdos contractuales entre las partes”, pues una cosa es tratar de remediar algunas insuficiencias o la rigidez del contrato, y otra eliminar el principio de la libertad contractual⁸⁶.

¿Qué hacer frente a este desorden?

- **“Algo hay que hacer”**

En todos los países que aceptan el dualismo se habla de la existencia de una tendencia a tornar difusos los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, de una caída o “bajada” de las fronteras; de una “inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divisio* de la responsabilidad civil”⁸⁷.

84 PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario a la sentencia del 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 5, abril/agosto de 1984, n° 137, pág. 1657.

85 DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Cívitas, 1999, pág. 267. Aclaro que la convención liberaba a la empresa organizadora de la competencia; nada decía respecto de la transportadora. Aún así, en nuestros días, la cláusula es de dudosa validez, por tratarse de derechos indisponibles.

86 DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 33.

87 Aún los que no llegan a tanto y defienden el mantenimiento de la distinción, advierten que “no se trata de una *summa divisio*” (STARCK, Boris et autres, Obligations 2. Contrat, 5° ed., Paris, Litec, 1995, n° 1768).

En esta misma tendencia, en una de las revistas de Derecho Civil más difundidas en Europa, en 1999, un autor concluyó: “todos estamos de acuerdo en la necesidad de poner orden en el derecho de la responsabilidad y, particularmente, en suprimir las diferencias de regímenes aplicables a la indemnización de daños corporales según que el dañado sea un contratante o un tercero. Las diferencias residen solamente en determinar cuál es el remedio para llegar a esta unificación”⁸⁸.

Pues bien, como decía Roosevelt, “algo hay que hacer”.

Explicaré algunas de las vías propuestas.

- **La tesis unitaria y el proceso de descodificación**

Uno de los factores que favorecen la tendencia a la unificación es, sin duda, el proceso de descodificación de la responsabilidad civil. Los fundamentos que acompañaron el proyecto de código unificado de 1998 –fuente indiscutida del actual CCyC argentino– decían: “La frontera fue debilitada por varios estatutos legales. La índole contractual o extracontractual de la responsabilidad es indiferente en los casos de daños resultantes del riesgo minero (artículo 58 del Código de Minería) o de la explotación de una instalación nuclear (Convención de Viena de 1963 sobre daños derivados del uso

88 SAVAUX, Eric, La fin de la responsabilité contractuelle?, Rev. Trim. Droit Civil, 1999 n° 1, pág. 1.

pacífico de la energía nuclear, ley 17.048, artículo IV). La responsabilidad para el caso de ruina de obra rige tanto para el comitente cuanto para los terceros. El artículo 1 de la ley 23.592, al prever la reparación del daño moral y material ocasionado por un acto discriminatorio, no dispensa un tratamiento distinto según se origine dentro o fuera del área contractual. En el régimen estatutario del consumidor se entiende que la legitimación pasiva es idéntica, sea que se trate de daños contractuales o extracontractuales".

Agrego que esa legislación especial unificadora ha solucionado muchos conflictos planteados antes de su sanción; tal lo ocurrido en Francia, con la ley Badinter de 1985 para las víctimas de los accidentes de tránsito, que creó un régimen único, cualquiera sea el carácter de la víctima, contratante o extraño⁸⁹; con las leyes que traspusieron la directiva sobre responsabilidad por los productos elaborados, o el de las leyes de riesgos de trabajo⁹⁰, etc.

• **Hacia una teoría única del responder**

Un importante número de países se dirigen a un régimen unificado.

Así, en el derecho alemán se estima que no existen dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes entre sí, sino una única pretensión resarcitoria, con base en un evento dañoso único. En otras palabras, no se trata de un supuesto de concurrencia de pretensiones (*anspruchskonkurrenz*) sino de concurrencia de normas que fundan una única pretensión (*anspruchsnormenkonkurrenz*)⁹¹.

El Código de Quebec dio un paso más adelante y directamente unificó ambos regímenes⁹².

• **La unificación en el CCyC de la Argentina**

La unificación llevada adelante por el CCyC se muestra, genéricamente, en el método, como señalé al comienzo, y más específicamente en el articulado; por ejemplo:

- El art. 1716 establece: "la violación del deber de no dañar a otro, o el **incumplimiento de una obligación**, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código". Es decir, la reparación puede tener fuente, indistintamente, en la violación del deber general de no dañar, o en el incumplimiento de una obligación preexistente (por ej., de origen convencional).
- El art. 1717, al regular la anti-juridicidad califica como tal a **cualquier comportamiento**; o sea que el daño puede aparecer tanto por violar el deber general de no dañar como por no cumplir una obligación previamente asumida⁹³.

Obviamente, la unificación no es total, como se reconoce expresamente en los fundamentos con los que se elevó el proyecto⁹⁴ y lo fui mostrando a lo largo de estas líneas⁹⁵.

89 Para un análisis de esta ley ver CHABAS, F., *Les accidents de la circulation*, Paris, ed. Dalloz, 1995.

90 Laithier, Yves-Marie, *La distinction entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit français : perspectives d'avenir après l'adoption du nouveau code civil et commercial argentin*, conférence Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho – 26 novembre 2015 (inédito).

91 Para el derecho alemán, ver, fundamentalmente, FERRARI, Franco, *Atipicità del illecito civile. Una comparazione*, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 25; DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 249.

92 Se mencionan en esta misma tendencia unificadora los códigos de la antigua Checoslovaquia, de 1964, de la antigua Yugoslavia, 1978 y de Senegal, de 1967; también el art. 99 parágrafo 3° del código suizo, conforme el cual las reglas sobre la responsabilidad derivada de los actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual; el art. 249 del CC cubano, con redacción análoga al suizo (Ver BUERES, Alberto, *La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español*, La Revista del Foro de Cuyo, 1992 n° 4, pág. 27; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini*, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 109.

93 Algunos autores buscan diferencias donde no las hay; así, por ej. se dice que las eximentes mencionadas en el art. 1718 son aplicables sólo a la responsabilidad extracontractual; no se podría alegar que no se paga una obligación en legítima defensa, o en estado de necesidad o al ejercer regularmente un derecho (MARTÍNEZ, Jorge, *La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el proyecto*, en *Rev. Abeledo Perrot Buenos Aires*, n° 6, junio 2013, pág. 695). No comparto esa opinión; así por ej., el deudor de una obligación de hacer (tocar un concierto) podría alegar esas causales frente a hechos extraordinarios (ataques de terceros, etc).

94 Como transcribí al comienzo de este artículo, los fundamentos expresan: "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".

95 Conf. OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*, A. Perrot, Bs. As., 2016, n° 34, pág. 29.

Como dice Sebastián Picasso, puede haber diversidad en la unidad y unidad en la diversidad⁹⁶.

La víctima tiene ya bastante con el daño; el ordenamiento jurídico no debe enfrentarla a los vericuetos de categorías ininteligibles; límitese el dañado a aportar los hechos en que apoya su demanda, y descanse tranquilo en el conocimiento de los jueces.

En definitiva, más allá de las reservas críticas formuladas por algunos autores⁹⁷, puede afirmarse que la unificación ha sido acogida favorablemente por la mayoría de la doctrina argentina⁹⁸. Yendo más allá, una colega universitaria española afirma enfáticamente: "La propuesta argentina es ciertamente valiente y digna de todo elogio. Me permito afirmar que es valiente porque en un marco como el europeo, donde constantemente se *cacarea* la palabra

unificación, no se ha llegado a un sistema unificado de reparación"⁹⁹.

La víctima tiene ya bastante con el daño; el ordenamiento jurídico no debe enfrentarla a los vericuetos de categorías ininteligibles; límitese el dañado a aportar los hechos en que apoya su demanda, y descanse tranquilo en el conocimiento de los jueces.

En definitiva, el legislador argentino cumplió el mandato según el cual "no debe renunciarse a la aspiración de la claridad de las leyes para asegurar su eficiencia, pues la simplificación de los códigos está en el signo de los tiempos"¹⁰⁰.

96 PICASSO, Sebastián, La singularidad de la responsabilidad contractual, Bs. AS., ed. A. Perrot, 2011, pág. 11. Del mismo autor, ver especialmente, La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código civil y comercial de la Nación, en Suplemento especial La Ley, Código civil y comercial de la Nación, Bs. As., noviembre 2014, pág. 151 y en Rev. Derecho privado, año 1 n° 3, Bs. As., Infojus, diciembre 2012 pág. 33; conf. KRIEGER, Walter F, Efectos de la derogación del art. 1107 del Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?, Rev. CCyC 2016 (octubre), 19/10/2016, pág. 97, Cita Online: AR/DOC/3073/2016.

97 PADILLA, Rodrigo, Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código civil y comercial, en Doc. Jud. año XXXI, n° 32, 12/8/ 2015, pág. 1; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el código civil y comercial, en Rev. Responsabilidad civil y Seguros, año XVII, n° 4, Abril 2015, pág. 31 y ss, Cita Online: AR/DOC/958/2015; GAGLIARDO, Mariano, Enfoques legales de la responsabilidad civil, en Rev. CCyC año I n° 2 agosto 2015, pág. 198-200; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge A., Responsabilidad civil contractual y extracontractual, en Rev. de Derecho de Daños, 2012-3-115; CALVO COSTA, Carlos, Derecho de las obligaciones, 2° ed., Hammurabi, Bs As, 2016, pág. 59 y ss.

98 PICASSO, Sebastián, La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código civil y comercial unificado, en Rev. Derecho Privado, año 1, n° 3, 2013, ed. Infojus, pág. 33; GALDÓS, Jorge M., La función resarcitoria, el daño y el riesgo creado, en RIVERA, Julio C (director, Comentarios al proyecto de código civil y comercial de la Nación, 2012, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2012, pág. 891; MARTÍNEZ, Jorge, La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el proyecto, en Rev. Abeledo Perrot Buenos Aires, n° 6, Junio 2013, pág. 693; MOSSET ITURRASPE, Jorge, La función resarcitoria. La responsabilidad objetiva en el proyecto de código civil y comercial de 2012, en Rev. de Derecho de Daños, 2014-1-19.

99 YÁÑEZ VIVERO, Fátima, El Proyecto argentino de Código civil y Comercial: análisis de la responsabilidad civil desde la perspectiva comparada de un nuevo derecho de daños, Rev. Derecho de daños 2014-2-172.

100 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿Unidad o separación? En Congreso Internacional de Responsabilidad civil. Fazendo Justiça no Terceiro Milênio, Blumenau, Brasil, 1995, vol. 1, pág. 128.