



PODER JUDICIAL
PROVINCIA del CHUBUT

Número 1
Febrero 2020

Dossier doctrinario



Autores de Chubut

Dr. Mario L. Vivas

Compilado por Lic. Silvina Pazos y T.S.B. Melina Arana
Una producción de la **Dirección de Bibliotecas**
Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados por el Dr. Mario Vivas, actualmente presidente del STJ de la provincia del Chubut.

Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del Chubut
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
bibliotw@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332
Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Tabla de contenido

Sobre el autor	7
El elemento de la antijuridicidad en los hechos dañosos cometidos por los menores de diez años de edad (El Dial)	10
El estado de necesidad como causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual (La Ley)	45
El contrato de adhesión. Pautas interpretativas (La Ley)	74
Algunos efectos de la nulidad parcial de los contratos (El Dial).....	95
Los sistemas de indemnización en el Código Civil argentino: el mito de la reparación integral y la indemnización tarifada (El Dial – La Ley).....	114
La relación de causalidad en el contexto de la responsabilidad objetiva (La Ley)	136
Cláusulas abusivas. Su ineficacia en el Código Civil y Comercial Argentino (IJ Editores).....	148
El orden público contractual. Límites a la autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial Argentino (IJ Editores).....	170
Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Principales aspectos de la reforma (IJ Editores)	190
La constitucionalización del derecho civil en el Código Civil y Comercial Argentino (IJ Editores)	219
El principio de legalidad en el derecho privado (IJ Editores)	238

Sobre el autor



MARIO LUIS VIVAS

Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. (Fecha de expedición del título: 30 de septiembre de 1982).

Doctor en Derecho (con orientación en Derecho privado). Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales – UCES – Bs.As. (Fecha de expedición del título: 11 de noviembre de 2009).

Posdoctorado en Derecho Penal y Garantías Constitucionales. Universidad Nacional de La Matanza (2011).

Desempeño laboral y profesional

Secretario del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 del Departamento Judicial de Morón (Provincia de Buenos Aires) (1983-1987).

Ejercicio libre de la profesión "Estudio Jurídico Vivas y Asociados" (1987-2010).

Asesor de H. Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1993).

Asesor del H. Convención Nacional Constituyente (Paraná-Santa Fé, 1994).

Juez de la Excma. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, Provincia del Chubut (2010-2016).

Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (2016 a la fecha).

Ejercicio de la docencia universitaria

Director de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón (2005-2010).

Investigador Adjunto en la Facultad de Derecho y Cs. Políticas y Sociales de la Universidad de Morón.

Vocal de la Comisión de Enseñanza del H. Consejo Académico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón (año 2006-2010).

Profesor de la cátedra de Derecho Civil III de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (2003-2008).

Profesor de la cátedra de Derecho Civil I y III de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (2011 a la fecha).

Profesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Matanza en el "Seminario de derecho Privado".

Profesor de la cátedra de Derecho Civil III del Doctorado de Derecho de la Universidad de Morón (2013 a la fecha).

Obras publicadas

Vivas, Mario Luis. *Contratos (Derecho Civil III)*. Tomo I (parte general) y tomo II (parte especial). Buenos Aires: Gráfica Sur, 2003. (Cuadernos de trabajo).

Vivas, Mario Luis; Díaz, Carlos A. *Contratos : teoría general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

- **Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Comodoro Rivadavia.**

Vivas, Mario Luis. *La legítima defensa y el estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual*. [s. l.]: Grupo Editorial Ibañez, 2012. (Biblioteca de Tesis Doctorales / Gustavo Ibañez Carreño; 11)

- **Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Trelew y de Comodoro Rivadavia.**

Colaborador en:

Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil : el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

- Tomo II: Capítulo 6, Títulos VII a XI inclusive
- Tomo IV: Capítulo 19, Títulos IV y V inclusive
- **Disponibles en: Biblioteca del STJ de Rawson, Trelew, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Esquel.**

El elemento de la antijuridicidad en los hechos dañosos cometidos por los menores de diez años de edad

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://www.eldial.com/>

Publicado el 24/08/2010

Cita: elDial.com - DC140D

[Consultado el: 25-11-2019]

Sumario

1. Planteo del problema. 2. Marco teórico. 3. Antijuridicidad. 3.1. Precisiones. 3.2. Distintas posturas acerca de la antijuridicidad en el ilícito extracontractual. 3.2.1. Antijuridicidad objetiva. 3.2.2. Antijuridicidad subjetiva. 3.2.3. Utilidad práctica de la distinción entre antijuridicidad objetiva y subjetiva. 4. Antijuridicidad objetiva y legítima defensa. 5. Conclusiones.-

1. Planteo del problema

Para que los padres sean declarados responsables por el hecho de sus hijos menores de diez años, ¿basta que un daño se produzca, o es necesario que el menor haya realizado un acto ilícito?

2. Marco teórico

Según ACUÑA ANZORENA, el interrogante es respondido desde distintas ópticas [2].-

Para SAVATIER, la responsabilidad de los padres, en estos casos, no existe sino en casos de actos ilícitos del hijo, sin que les esté permitido invocar en su descargo la falta de discernimiento que resulta del desarrollo incompleto de la inteligencia y de la voluntad del menor, por cuanto la minoridad no supone, por sí, la imposibilidad de prever y evitar el acto ilícito, ni por tanto una causa de irresponsabilidad, aun para el impúber [3].-

Otros autores no exigen la ilicitud del acto del menor sino en principio, lo que les permite sostener la responsabilidad de los padres aun en el caso de que por falta de discernimiento el hecho del menor no constituya un acto ilícito [4].-

En concepto de DEMOGUE, lo que la ley requiere es un hecho del menor objetivamente ilícito, de suerte que, desde que hay daño ilícito, es decir, atentado al derecho de otro, y que un mayor podría haber podido prever ese resultado, los padres son responsables, importando poco la juventud del hijo para que el acto le sea imputable[5].-

Por fin, LAURENT, haciendo mérito de los términos literales del Art. 1384, 2a parte del Cód. Civil francés, sostiene que los padres son responsables de todo hecho dañoso de sus hijos menores, aun cuando este hecho no constituya delito ni cuasidelito. Es necesario, dice, un hecho del que resulte un daño, y si este hecho puede constituir en sí mismo un cuaside-

lito, no se requiere que él exista de parte de su autor para que surja a cargo de las personas que la ley declara responsables la obligación de reparar el daño; la ley no lo exige, y no hay ningún motivo para exigirlo. Las personas responsables - agrega- no están obligadas por los daños y perjuicios en razón de la culpa de quien los ha usado, sino a mérito de su propia culpa: habiendo podido impedir el hecho, son responsables `por no haberlo impedido [6].-

Se pregunta ACUÑA ANZORENA cuál de estas soluciones es la que mejor cuadra a nuestro derecho; señala al respecto que SALVAT ha sostenido que “la responsabilidad de los padres existe siempre que se trate de hechos ilícitos; la ley dice simplemente <de los daños causados por sus hijos menores (art. 1114 del Cód. Civil), pero como esta disposición se encuentra en el título de los cuasidelitos, el alcance de ella es el que acabamos de establecer>”. El referido autor no comparte el criterio del maestro SALVAT, `pues, sostiene, la mera circunstancia de que el art. 1114 comprenda a todos los menores, sin distinción de edad, está demostrando que la exigencia absoluta de un acto lícito de parte del autor material del daño, como condición de la responsabilidad es inadmisibles, pues es principio aceptado explícitamente en el ordenamiento civil argentino, que el menor de diez años, carente de discernimiento y por ende de voluntad, no puede ejecutar actos ilícitos (arts. 897, 921,1066,1076, 1108 y cc) [7].-

¿Bastará entonces la simple realización de un daño por parte del menor para que los padres sean responsables?

La lectura del art. 1114 del Cód. Civil, pareciera darle respuesta afirmativa al interrogante, en tanto señala que los pa-

dres “son responsables de los daños causados por sus hijos menores”.-

No obstante, esa interpretación llevaría al absurdo de considerar que un acto desprovisto de ilicitud para su autor, la tendría para el civilmente responsable [8].-

Concluye ACUÑA ANZORENA que, al exigir la ley la culpa de los padres, exige indirectamente la culpa del menor, por donde la ilicitud del hecho del autor material del daño no es una condición autónoma de la responsabilidad, sino que resulta solamente de la necesidad para los padres de ser culpables, pensando asimismo, que ni siquiera es necesaria a este efecto cuando el daño proviene de un menor de diez años, porque ante su falta de discernimiento, no hay ilicitud de su conducta, siendo imputable el daño a la culpa exclusiva de los padres por incumplimiento de su obligación de vigilancia, más estricta y rigurosa cuando menos edad tiene el hijo bajo su patria potestad [9].-

No obstante, negar la antijuridicidad, (aun en casos como el que analizamos) como presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil, pareciera constituir una grave confusión conceptual que echa por tierra toda la teoría de la responsabilidad delineada en nuestro Código Civil. Sería desconocer la existencia de los arts. 1066 del Cód. Civil, y en consecuencia, el fundamento que le sirve de base: el art. 19 de la Constitución Nacional que consagra el principio de legalidad.-

3. Antijuridicidad

3.1 Precisiones

Para poder resolver la cuestión que se plantea, es menester distinguir lo que se ha dado en llamar la “antijuridicidad subjetiva” de la “antijuridicidad objetiva”.-

Pero antes de ingresar al análisis de los dos conceptos enunciados, es necesario precisar el concepto de “antijuridicidad”, como elemento esencial de la responsabilidad civil.-

Señala BUSTO LAGO que, provisionalmente, podemos afirmar que lo antijurídico es lo contrario a Derecho. Sin embargo, esta afirmación no deja de ser una tautología o, en plásticas palabras de JIMENEZ DE ASÚA, “una de esas traducciones en frase distinta, como la respuesta que nos da el médico cuando le consultamos un dolor de cabeza: “Es una cefalgia”. SAUER, después de decir que antijurídico e injusto son lo mismo, precisa que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo antijurídico sólo la valoración. MEZGER, si bien considera acertada la precisión de BINDING conforme a la cual, injusto es sólo no-derecho y antijurídico implica un plus, pues es ya un “anti”, señala que debemos emplear indistintamente con carácter de sinónimos ambos términos; entendimiento al que también se suma JIMÉNEZ DE ASÚA. En el ámbito de la doctrina civil, la identificación de la antijuridicidad con el injusto es mantenida expresamente por BOFFI BOGGERO, entre otros [10], para quien en sentido formal, antijuridicidad significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho [11].-

En cuanto al vocablo “ilicitud”, JIMÉNEZ DE ASÚA rechaza su utilización puesto que, a su parecer, este término “lejos de precisar más la idea, la diluye en un contenido vasto e impreciso. La ilicitud significa más que lo antijurídico. Lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al Derecho) y puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico, al decir acto ilícito, en vez de acto antijurídico, lejos de aproximarnos a un lenguaje exacto propio del jurista, nos desviamos de él y caemos en la imprecisión del hablar corriente [12].-

Por esta razón, mientras algunos autores prefieren hablar de antijuridicidad en lugar de ilicitud [13], otros entienden la sinonimia de ambos conceptos [14].-

La expresión “antijuridicidad” es un término acuñado por la dogmática penal alemana de fines del siglo XIX, que fue traducido por primera vez al castellano por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien explica que “al ocuparnos de la unificación del Derecho penal en Suiza tradujimos la expresión acto antijurídico por acto ilícito, pero no pretendíamos con ello modificar el contenido del pensamiento, sino verter al castellano una palabra que no existía en nuestra lengua” [15].-

BUSTO LAGO, de acuerdo con KELSEN, considera que la ilicitud no es algo exterior, no es algo extraño o ajeno al Derecho, sino determinado por éste. De aquí que, como ha señalado DE CASTRO, “son actos ilícitos los reprobados por el ordenamiento jurídico”, y por tanto, reformulando esta afirmación en sentido contrario, un acto será lícito, cuando no está prohibido por el ordenamiento jurídico[16].-

En el ámbito de la doctrina civil española, ilicitud y antijuridicidad se utilizan como sinónimos. Así, para DE ANGEL, que un acto sea antijurídico significa que es ilícito. Al tiempo, el término “injusto” suele reservarse para adjetivar al daño que deriva de una acción antijurídica, de forma que en estos supuestos, en palabras de BUERES, “media antijuridicidad en la conducta e injusticia en el daño” [17].-

Por su parte, el concepto “antinormatividad” apunta a la contradicción entre el hecho y el orden normativo, en tanto que la antijuridicidad supone la trasgresión del orden jurídico, de manera que esta presupone la existencia de aquélla, pero no al revés, porque puede suceder que un determinado hecho sea calificado como antinormativo y no sea antijurídico, como acontece cuando concurre en el hecho contrario a la conducta prescrita por norma una de las llamadas causales de exclusión de la antijuridicidad o justificación [18].-

De sus precisiones dependerá que un hecho, sea considerado antijurídico por la sola violación a la norma jurídica primaria que protege el derecho subjetivo o bien jurídico lesionados (antijuridicidad objetiva en sentido amplio) o por la sola conducta del agente que se rebela a las exigencias de la norma primaria de determinación (antijuridicidad subjetiva)[19]. Esto es, si antijuridicidad y culpa son presupuestos distintos, que se necesitan el uno al otro, o bien la conducta sería antijurídica por ser dolosa o culposa, de modo que la ilicitud en substancia, estaría comprendida dentro de la amplia noción de culpa.-

De esta distinción dependerá que, si se adopta la primera postura genéricamente enunciada (antijuridicidad objetiva)

será considerado antijurídico el proceder de un menor de diez años o de un demente, mientras que de adoptarse la segunda (antijuridicidad subjetiva), los actos de un menor de ocho años, por ejemplo, deberían ser considerados actos practicados sin discernimiento y por tanto no culpables ni antijurídicos [20].-

3.2. Distintas posturas acerca de la antijuridicidad en el ilícito extracontractual

BUSTO LAGO las ha agrupado de la siguiente manera: 1) Aquélla conforme a la cual, acreditado un daño se presume la antijuridicidad. Fue formulada en España por PUIG PEÑÑA, quien señala, refiriéndose al art. 1902 del Cód. Civil español (equivalente a nuestro art. 1109 del Cód. Civil) que “describe la actividad, la culpabilidad y la punibilidad, y si no hace mención a la antijuridicidad es porque en principio todo acto u omisión que causa un daño a un tercero se presume que es antijurídico”. Idea que reitera más adelante cuando señala que “toda acción u omisión que causa un daño a otro es ilícita. Sólo dejará de serlo cuando concurra a favor del agente una causa de exclusión de la antijuridicidad. A esta idea adhiere PUIG BRUTAU, cuando señala que “la primera y más elocuente manifestación de la ilicitud es el mismo daño producido, sin perjuicio de que pueda demostrarse que se trata de un caso fortuito o que ha sobrevenido por fuerza mayor” [21]; 2) Una segunda concepción de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, nos lleva al análisis de la conducta que habría de desplegar el agente, para, en contraste con ésta, evidenciar si se ha transgredido o no el orden jurídico. El juicio de antijuridicidad ha de relacionarse con

el precepto de la norma y valorar, a la luz de éste, el comportamiento independientemente de sus consecuencias, que pueden, incluso, no llegar a existir. La antijuridicidad puede subsistir independientemente de la existencia del daño. Este modo de concebir la antijuridicidad ha llevado a algunos autores a trasladar la ilicitud del acto al elemento de la culpa, valorándose el comportamiento enjuiciado en relación con la conducta previsible de un ciudadano negligente [22]. Este parecer tiene sus paladines en la doctrina francesa. Así, según RIPERT y BOULANGER no es necesario que el Code, y por tanto el art. 1382 requiera explícitamente la ilicitud, pues esta se reconduce a la más amplia concepción de la culpa, que comprende, en sí, todos los hechos prohibidos por el Derecho. La ilicitud, en sustancia, estaría comprendida en la amplia concepción de culpa [23].-

También CHIRONI incluye la antijuridicidad en el concepto amplio de “culpa”, que utiliza este término “considerado genérico; tanto quiere decir como acto ilícito o injuria con lo que expresa una relación en la que concurren el elemento objetivo de la ilicitud y el subjetivo de la mala conducta imputable [24]

3.2.1. Antijuridicidad objetiva

La cuestión a dilucidar consiste, en palabras de OSSOLA, acerca de si el concepto de ilícito sólo expresa una formal oposición entre lo jurídicamente debido y lo efectivamente ocurrido (antijuridicidad objetiva); o si, por el contrario no basta la mera contrariedad entre el acto y el orden jurídico, sino que es necesario además la concurrencia del elemento

psíquico (voluntariedad) por parte del trasgresor (antijuridicidad subjetiva) [25]; C) una tercera posición, difundida por el Tribunal Supremo español, según la cual un acto dañoso es antijurídico cuando es producto de la violación de una norma jurídica. En una sentencia, el mencionado Tribunal señala que “la responsabilidad por culpa extracontractual que establece el Art. 1902 del Cód. Civil, viene condicionada de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma (alterum non laedere), protectora del bien agraviado” [26]. Esta afirmación ha de ser convenientemente concordada con la que es jurisprudencia de ese Tribunal en el sentido de que no queda excluida la antijuridicidad por ser el acto conforme a las normas y la insuficiencia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias para exonerarse de responsabilidad. En consonancia con estas afirmaciones se señala que no sólo lo contrario a la ley puede ser ilícito.-

CIAN señala que fue IHERING quien, sobre la base de la situación jurídica del poseedor de buena fe definió por primera vez la antijuridicidad en sentido objetivo [27].-

Por su parte, es LISZT (1881) quien trasladó el concepto de antijuridicidad como independiente de la culpabilidad al Derecho penal [28].-

El esquema responde al concepto causalista de delito, cuyos exponentes más destacados además del referido autor es BELING (1906). Esta teoría surgió por la influencia del positivismo científico del siglo XIX, donde las ciencias causales-explicativas se encontraban en pleno desarrollo [29].-

Antes de ello no se reconocían a las eximentes verdadera naturaleza justificante, sino que, en todo caso, simplemente se las analizaba como causas generales de exclusión de la responsabilidad penal [30].-

Es decir, el problema de los elementos subjetivos de justificación ni siquiera se planteaba en aquellas teorías que concebían a la antijuridicidad de modo general, como sinónimo de delito, y analizaban en ella tanto la esfera objetiva como la subjetiva, incluyendo también en esta categoría a la culpabilidad [31].-

Para quienes sostienen la antijuridicidad objetiva, la norma jurídica es primordialmente un juicio de valor. La finalidad fundamental de las normas jurídicas es resolver conflictos de intereses declarando, en cada caso, el interés que consideran predominante y estableciendo determinadas consecuencias jurídicas para el supuesto de que el mismo sea vulnerado. Los partidarios de esta tesis postulan que el juicio de antijuridicidad consiste en el disvalor que recae sobre el hecho en el caso que contravenga el interés declarado preponderante por la norma jurídica. De allí que el juicio de antijuridicidad es un juicio de disvalor sobre el hecho objetivo por haber producido un resultado contrario a las valoraciones de las normas. En este juicio, no se tiene en cuenta componente subjetivo alguno. El análisis del comportamiento del sujeto será analizado en un momento posterior: el juicio de culpabilidad [32].-

Según la teoría objetiva clásica, lo injusto penal consiste exclusivamente en el disvalor de resultado. Para esta corriente la norma que le sirve de base debe ser entendida como norma de valoración, de ahí que su violación consiste en la lesión del

bien jurídico o al menos en su puesta en peligro. La norma de valoración no produce ningún efecto en este ámbito, sino en la etapa de la culpabilidad. Es decir, lo injusto penal consiste simplemente en la lesión objetiva del bien jurídico, que en la mayoría de los casos se traduce en la causación del resultado típico, de modo que el disvalor de la acción constituye únicamente el fundamento de la culpabilidad [33].-

De acuerdo con la teoría clásica, en el análisis dogmático del delito se debe seguir un esquema objetivo-subjetivo, de modo que todo lo objetivo del hecho se coloca en lo injusto y todo lo subjetivo se analiza en la culpabilidad. Antijuridicidad y culpabilidad son elementos, para sus cultores, que deben mantenerse bien separados en la construcción de la teoría del delito [34].-

Los objetivistas, sostienen que la ilicitud de un acto es juzgada con prescindencia de la condición anímica del agente; es suficiente que una regla de Derecho haya sido vulnerada. Consiste en la violación de la norma considerada en sí misma. La noción objetiva de la ilicitud responde a la necesidad científica de concebir idealmente el fenómeno de la conducta de una persona en oposición con los mandatos legales. La ilicitud presupone un juicio de valor en el cual se afirma una contradicción con las normas jurídicas. Una contradicción entre el hecho y el Derecho. Se determina por su antagonismo con el orden jurídico: la antijuridicidad en su esencia no es sino la negación del Derecho. Negación del Derecho desde la perspectiva del conflicto entre la conducta y la norma que la valora: pero su reafirmación en cuanto al injusto constituye la condición necesaria del acto coactivo imputado por el ordenamiento como consecuencia. Lo que interesa a la sociedad es

el acto que provoca la alteración del orden jurídico. Un determinado proceder se declara ilícito cuando contradice las reglas del ordenamiento, el juicio valorativo recae exclusivamente sobre el acto; la culpabilidad o inculpabilidad del autor es indiferente a ese respecto y sólo se toma en cuenta para discernir su responsabilidad [35].-

Desde esta postura, y en la parcela del Derecho penal, el objeto de valoración jurídica es la conducta externa del individuo, no su postura interna, sus impulsos y hechos, sus sentidos, usos y costumbres. Porque sólo por los hechos se agreden las normas jurídicas, se altera el orden jurídico y no por el pensamiento y la voluntad [36].-

Los términos intencionalidad y negligencia no son los que fundamentan el disvalor jurídico, sino el daño y la peligrosidad de la conducta [37].-

Otro sector de la doctrina sostiene que también en la responsabilidad objetiva puede encontrarse el presupuesto de la antijuridicidad objetiva. El núcleo axiológico de dicha postura no reside en la desobediencia del autor a los preceptos jurídicos, sino en la perjudicialidad de la acción, en sus efectos desfavorables o negativos, por contrariar los fines perseguidos por el sistema de Derecho. Se desaprueba el hecho (que por eso es antijurídico) aunque eventualmente no se reproche a su autor (por no ser imputable o no ser culpable).-

GOLDENBERG admite la existencia de ilicitud aunque no haya voluntad – y por consiguiente imputabilidad – en el agente pues conceptualmente la punibilidad es sólo una consecuencia posible de la antijuridicidad, pero no un elemento

estructural de la misma. Diferenciar idealmente, sostiene, las notas de antijuridicidad y culpabilidad permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable [38].-

Para ZAVALA DE GONZÁLEZ, la antijuridicidad reviste carácter objetivo. Una conducta es antijurídica con independencia de la subjetividad del autor, es decir, aun cuando éste sea inimputable o no haya obrado culpablemente. De allí, que quien lesiona a otra persona obra ilícitamente, salvo que mediere alguna causa de justificación [39].-

PEÑA LÓPEZ, respecto de España, sostiene que la concepción objetiva de la antijuridicidad respeta la estructura del sistema del Derecho de Daños, que se compone de diversos regímenes de responsabilidad: la responsabilidad por culpa como Derecho común, y varios regímenes de responsabilidad objetiva o sin culpa [40].-

Considera LÓPEZ MESA, sostenedor de esta postura que, por ejemplo, quien se defiende del ataque de un inimputable, actúa justificadamente ante una agresión ilegítima; sostener tal postura en materia de legítima defensa y asumir una posición subjetiva en lo tocante a la antijuridicidad implicaría una grave contradicción de su parte, lo que no se puede soslayar, y significa una razón más para encolumnarnos detrás de la antijuridicidad objetiva [41].-

El ilícito extracontractual consiste en la vulneración del interés que la norma jurídica considera preponderante; de tal modo, es posible mantener un único concepto de ilicitud en todo el sistema del derecho de daños, pues tanto en los regímenes de responsabilidad subjetiva como en los de responsa-

bilidad objetiva, es necesario que el bien vulnerado por el hecho dañoso se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico. Ello es así, porque evidentemente el Derecho no puede dispensar protección a los bienes e intereses que se consideren indignos de tutela en el supuesto concreto de que se trate [42].-

3.3.2. Antijuridicidad subjetiva

La antijuridicidad subjetiva, es la que ha sido denominada concepción subjetiva de la antijuridicidad, y tiene como base, esencialmente el entendimiento de la norma jurídica como un imperativo de conducta. Para esta postura, las normas no resuelven intereses. Los conflictos son resueltos por el legislador en un momento previo al dictado de la norma. Una vez que se ha decidido otorgar preponderancia a un interés en un conflicto determinado, dicta una norma mediante la cual prohíbe a los particulares que realicen cualquier comportamiento, que, por sus características subjetivas, pudiese vulnerar el interés que ha decidido proteger. Cualquier conducta que infrinja la prohibición es antijurídica [43].-

De ello se infiere que el juicio de antijuridicidad es, para esta postura, un juicio de disvalor que recae sobre el comportamiento que se ha rebelado contra las órdenes contenidas en la norma. Todas aquellas acciones en las que no sea posible encontrar rastro alguno de rebeldía contra las órdenes del ordenamiento carecerían de carácter antijurídico. Sólo las acciones dolosas o negligentes serán constitutivas de injusto, ya que el dolo y la culpa constituyen los dos comportamientos rebeldes respecto a la orden normativa [44].-

Los subjetivistas subrayan el elemento de reproche argumentando que los mandatos jurídicos tienen como destinatarios a sujetos capaces de comprenderlos y, en consecuencia, acatarlos.

El Derecho, alegan sus cultores, sólo puede ser ofendido mediante acciones voluntarias. Los actos de los inimputables al igual que las fuerzas naturales, se consideran acontecimientos fortuitos; están excluidos de la apreciación jurídica y no pueden ser calificados como ilícitos por hallarse fuera de la conciencia inteligible del individuo. No existen, conforme a esa tesis, ilícitos inculpables. La acción contraria a la norma debe ser culposa o dolosa. Quienes consideran que la voluntariedad es un elemento constitutivo de la infracción no admiten la existencia de un ilícito inculpable. Sólo puede atentar contra un imperativo legal quien conoce o ha debido conocer (casos de intención y de negligencia, respectivamente) la naturaleza antijurídica o por lo menos lesiva de su comportamiento, siendo insuficiente la simple materialidad de la trasgresión: es menester también una conducta reprobable del sujeto [45].-

Es decir, sostienen que el acto ilícito civil requiere, necesariamente, imputabilidad del agente (ilicitud subjetiva). Ilicitud e imputabilidad constituirían dos nociones inescindibles.-

Conforme con esta postura, no puede considerarse ilícita la conducta de una persona privada de discernimiento [46].-

En su cabal significación, “acto” es el hecho cumplido voluntariamente, presidido por la comprensión de su sentido

y gobernado de manera inteligente; no un mero proceso causal. Esta es la noción requerida en la responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpabilidad, donde el Derecho no se conforma con cualquier voluntad, sino con una madura, sana y no afectada por causas accidentales de privación del discernimiento (art. 921, a contrario sensu, del Cód. Civil). Sin embargo, en la antijuridicidad disminuye radicalmente el grado de voluntad requerido para la comprobación de la existencia de un acto.-

En dicho ámbito es suficiente un mínimo de participación subjetiva, en cuya virtud pueda decirse que el hecho ha sido “conducido” por el agente por el impulso propio; es decir, obrando como sujeto y no como objeto.-

Por ejemplo, cuando un niño de ocho años causa un daño bajo la dirección impresa por él mismo (tira una piedra y rompe una ventana), el perjuicio es atribuible a su propio gobierno sicofísico, aunque su voluntad sea inmadura. Existe entonces una acción antijurídica a pesar de emanar de un inimputable, y puede generar responsabilidad para el agente (art. 907, Párr.2, CC) y para sus padres o tutores (arts. 908 y 1114 CC).-

En cambio, si el niño causa el daño bajo el impulso de una fuerza física irresistible (rompe la ventana con su cuerpo porque lo empuja otra persona), el inicuo acto computable es el del tercero y sólo este debe responder, pues el desplazamiento del primero ha sido en carácter de mero instrumento [47].-

Como dice OSSOLA, la concepción subjetiva contradice en cierta forma el carácter unitario de la ilicitud, ya que por caso, un homicidio cometido por un menor de once años sería ilícito en un campo y no lo sería en el otro (no se refiere a nuestro Derecho, por cierto); dado que la antijuridicidad es, esencialmente una contradicción con el ordenamiento jurídico todo, consideramos que la concepción subjetiva por esta causa tampoco puede aceptarse [48].-

No es concebible que lo que es lícito para una rama del derecho, sea ilícito para la otra. No es posible fragmentar la ilicitud, pues el Derecho no permite en un sector lo que veda en otro, en virtud del principio lógico de no contradicción. Este principio significa que no es posible afirmar y negar algo al mismo tiempo. Sería una contradicción axiológica insoponible. Lo contrario al principio de contradicción es el escándalo jurídico. Pero nada impide que una acción considerada lícita por una rama del Derecho, no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escándalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene [49].-

3.3.3. Utilidad práctica de la distinción entre antijuridicidad objetiva y subjetiva

Para TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, la doctrina civil debería operar con una concepción de la antijuridicidad que permita construir un Derecho de daños adecuado a los fines que persigue la responsabilidad civil extracontractual. La concepción objetiva de la antijuridicidad resulta adecuada, por

cuanto, permite cumplir con los fines de prevención y reparación del daño, por un lado, y porque permite distinguir perfectamente este presupuesto de la culpa. Esta postura no impide que los criterios de imputación puedan consistir en valoraciones sobre la conducta del dañador inspirados por una finalidad de carácter preventivo, pues para tal posición la norma no sólo realiza valoraciones declarando preponderantes unos intereses sobre otros, sino que, una vez que ha realizado tal valoración, puede establecer que sólo se atribuya la correspondiente consecuencia jurídica en el caso de que el particular se rebele contra lo dispuesto por la norma. Esto es lo que sucede con la responsabilidad civil en el caso general de que se requiera culpa o negligencia. En este supuesto, el haber realizado un comportamiento reprobado por el ordenamiento y por ende antijurídico, no será bastante para atribuir al autor la consecuencia jurídica por la obligación de indemnizar, sino que, además, se requiere un reproche subjetivo de su conducta, un reproche personal porque debía haberse comportado de forma distinta a como actuó [50].-

Esta tesis corresponde en el Derecho penal a la llamada “teoría de la doble función de la norma penal” [51].-

De acuerdo con esta posición, las normas jurídicas tienen un doble carácter. Por un lado deben considerarse como normas de determinación, ya que establecen deberes o prohibiciones para los particulares. Desde este punto de vista, el objeto de la norma es esencialmente la acción del hombre. El Derecho a través de la norma jurídica pretende motivar la conducta de los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que resulten atentatorias de los bienes jurídicos [52].-

Por otro, las normas actúan como norma de valoración, pues implican una valoración positiva de los bienes jurídicos que quieren protegerse y una valoración negativa de las conductas prohibida y sus resultados. Entre la norma y el bien jurídico existe una relación directa, por ello, toda norma supone una apreciación valorativa del bien que tutela [53].-

Cuando el legislador crea la norma jurídica y el tipo penal, sin ninguna duda efectúa una valoración. Si se castiga al que “matarse a otro” lo hace porque valora positivamente el bien vida y negativamente la conducta de matar [54].-

La norma no puede ser explicada por sí misma en su contenido, sin relacionarla o sin establecer ninguna referencia con el bien jurídico involucrado. El ordenamiento jurídico y la norma concreta entonces deben “reproducir un contenido de ese bien jurídico, que es el de la vida social de los individuos” [55].-

En consecuencia, si la norma en que se basa lo injusto no sólo establece prohibiciones y mandatos, sino que también valora bienes jurídicos, fácil resulta concluir que lo injusto debe integrarse por el disvalor de acción y por el disvalor de resultado [56].-

La norma no puede ser explicada por sí misma en su contenido, sin relacionarla o sin establecer ninguna referencia con el bien jurídico involucrado. Como lo expresa BUSTOS RAMIREZ, “es necesario buscar el eje de referencia de la regla jurídica, que es justamente el bien jurídico” [57].-

En la parcela de la responsabilidad civil extracontractual también el Derecho pretende motivar la conducta del ciudadano para que se abstenga de dañar al otro. Además, las normas actúan como normas de valoración pues justamente valoran positivamente los intereses jurídicamente protegidos y una valoración negativa de las conductas dañosas.-

Esta cuestión de la diferenciación de dos clases de antijuridicidad normalmente no tendrá incidencia alguna en la responsabilidad de los profesionales, dado que –normalmente– quienes ejercen profesiones son personas que gozan de discernimiento, puesto que de lo contrario los inhabilita para ejercer tales disciplinas [58].-

Consecuentemente, en la actuación de los profesionales, la antijuridicidad será normalmente tanto subjetiva como objetiva, motivo que nos exime de analizar con mayor detalle el tema [59].-

En el concepto de LÓPEZ MESA, si existiese una discordancia, para la consideración de un acto como antijurídico, bastaría con que él lo fuera objetivamente, es decir, que contraría materialmente una manda normativa, con prescindencia del discernimiento del agente [60]

4. Antijuridicidad objetiva y legítima defensa

LÓPEZ MESA señala agudamente que una acción puede ser objetivamente antijurídica , por más que quien la realice sea un menor de 9 años o un demente, que carecen de discernimiento, por lo que entiende que el accionar de un niño de

menos de 10 años o un ebrio consuetudinario se cruzan en el camino de un conductor atento, que conduce su vehículo a velocidad prudente, la falta de discernimiento de éstos, que han ejecutado un acto objetivamente antijurídico, no puede revertirse en el sujeto que sufre su accionar. La antijuridicidad objetiva permitiría en este ejemplo considerar objetivamente reprochables los actos de borrachos, drogadictos, menores, etc. y justificar la defensa de quien se les opone, siempre que su respuesta fuera proporcionada y contemporánea a la agresión, debiendo juzgarse en todo caso con mayor restricción sus actos, ante una amenaza que no tiene todos los componentes clásicos [61].-

Sostiene el autor que, desde un punto de vista realista y viendo la situación actual de nuestro país en estos días, nos pronunciamos a favor de extender la legitimidad de la defensa a quien se defiende proporcionalmente de borrachos, menores o personas carentes de discernimiento. Ante la caótica situación actual en materia de seguridad que padece la Argentina, donde bandas de menores armados, drogados, organizados en ocasiones por mayores o a su libre arbitrio, asolan nuestras ciudades, negarle de plano a quien se defiende de ellos la justificación de su conducta implicaría convertirlo en mártir o en santo de la iglesia[62].-

En la legítima defensa, los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven de base a la regulación legal. Es así que toda persona tiene el derecho de defenderse de ataques prohibidos o acometimientos antijurídicos para evitar sufrir algún daño. Y aun allí donde puede sustraerse al ataque le está permitido siempre defenderse legítimamente. Es que el principio de prevalencia del Dere-

cho —la idea rectora de que el Derecho no tiene que ceder ante el injusto— tiene mayor alcance que los intereses de autoprotección y desplaza —o se sobrepone— igualmente al principio de ponderación de bienes[63].-

ROXIN señala que “la autoprotección y la prevalencia del Derecho encuentran sus límites comunes únicamente en el principio, rector de todo ordenamiento jurídico, de la proporcionalidad, que conduce a la renuncia de la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto (es decir, en los casos conocidos en que se infieren lesiones corporales graves para defenderse de daños de poca importancia, etc.). Según esto, son tres los principios socioregulatorios cuya combinación indica el camino a la dogmática en la legítima defensa; todavía hay que señalar cómo repercute esto en la interpretación [64].-

El derecho de defenderse de una agresión legítima es un derecho de gran intensidad y repercusión que tiene todo individuo, y el legislador carece de imperio para derogarlo o hacerlo desaparecer, pues ello equivaldría tanto como a condenar a la muerte o a sufrir vejaciones o daños graves a toda persona atacada injustamente[65].-

Quitar a las personas el derecho de reaccionar contra una agresión ilegítima tendría justificación sólo en la medida en que el Estado asegurara a los individuos la protección que normalmente declama pero no ejerce en los hechos [66].-

El derecho de defenderse de un acontecimiento injusto es un derecho natural que tiene toda persona, derecho que el legislador se ha limitado a reconocer, pero no ha creado, sino

que se basa en una vis instintiva, que muchas veces impele una reacción visceral, que el propio defensor no controla mentalmente y que lo lleva a responder –bajo presión y en las condiciones nunca ideales que la sorpresiva irrupción permite- a una amenaza inminente o a una agresión en curso [67].-

Y bien se ha dicho que “la legítima defensa es un comportamiento nato, basado en el instinto de supervivencia, que se manifiesta al repeler una agresión, es decir, vim vi repellere licet [68].-

5. Conclusiones:

En supuestos como el traído a análisis, donde la conducta de un menor de diez años (o de un demente declarado tal en un juicio), que carece de discernimiento, es de aplicación el Art. 1114 del Cód. Civil, puede señalarse:

El menor debe haber causado un daño a un bien o interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo de otro;

El menor debe haber cometido un acto ilícito, esto es, contrario a la ley en el sentido de antijuridicidad objetiva, es decir un hecho considerado en sí mismo contrario a derecho o violatorio de una norma jurídica. Ello, por cuanto la ilicitud de un acto es juzgada, desde dicha postura, con prescindencia de la condición anímica del agente: es suficiente que una regla del Derecho haya sido vulnerada.-

El fundamento de la antijuridicidad objetiva radica, para algunos autores del Derecho penal, (y bien vale su aplicación

para la parcela de la responsabilidad civil extracontractual) en el interés de la sociedad en que el acto provoca la alteración del orden jurídico provenga de una persona con o sin discernimiento). La culpabilidad o inculpabilidad del autor será tenida en cuenta en un juicio posterior; para otros, reside en la perjudicialidad de la acción y sus efectos desfavorables o negativos, por contraria los fines perseguidos por el sistema de Derecho.-

El fundamento de los sostenedores de la antijuridicidad subjetiva, radica en que sólo puede atentar contra un imperativo legal quien conoce o ha debido conocer la norma que vulnera, por lo que ilicitud e imputabilidad constituyen para ellos dos posturas inseparables. De allí que quien se encuentra privado de discernimiento no puede realizar una conducta ilícita. Tal colusión, inevitablemente conllevan a consecuencias necesariamente injustas.-

En definitiva, los actos dañosos cometidos por menores de diez años, a la luz de la concepción objetiva de la antijuridicidad son ilícitos. Ello, pues la antijuridicidad es un requisito autónomo, distinto y distinguible de la culpabilidad; y tanto es ello así que adoptando el concepto objetivo de antijuridicidad, el acto puede ser involuntario y seguir siendo objetivamente antijurídico, pues sólo la existencia de una causa de justificación hace desaparecer tal presupuesto [69].-

Como contrapartida, desde la óptica de la antijuridicidad objetiva, es de aplicación la legítima defensa como causa de justificación del ilícito cometido por menores de diez años de edad, en la parcela de la responsabilidad civil extracontractual.-

[2] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 7.

[3] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 8.

[4] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 8. AUBRY Y RAU, “Cours de droit civil francais”. 5a ed. por Bartin. Paris. 1920. T. 6 no.447 y ss. p. 412.texto y nota 38 y 38 bis. DEMOLOMBE. “Cours de Code Napoléon”. T. 31 no. 596. MARCADE. “Explication theorique et pratique du code civil”. 8a ed. Paris. 1889. T. 5. Art. 1384. IV. p. 304-305.

[5] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 8.

[6] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 8.

[7] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores.

Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 9.

[8] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 9.

[9] Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte Especial. Félix A. Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. T. IV. p. 10.

[10] Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 46. BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, T. II. Ed. Astrea. Bs. As. 1973. p.87, no 396. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1997 p. 106, no 171.

[11] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 809.

[12] Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 46.

[13] Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs. As. 1999. p. 314

[14] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 809.

[15] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 810.

[16] Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 47.

[17] Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 47

[18] Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 47

[19] Ver PANTALEON PRIETO, Fernando. Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños. Tesis doctoral inédita. Madrid. 1981.

[20] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 299.

[21] Ver PUIG BRUTAU, F. Fundamentos de derecho civil. Ed. Bosch. Barcelona. 1983. T. IV. Vol. II. p. 571. Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 54.

[22] Ver DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. Tratado de responsabilidad civil. Ed. Civitas. Madrid. 1993. p. 260. Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 55.

[23] Ver RIPERT, G. y BOULANGER, J. *Traité de Droit Civil, d'après le Traité de Planiol*. Ed. LGD, París. 1957. T. II, p. 331. Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 56.

[24] Ver CHIRONI, G.P. La culpa en el derecho civil moderno. Op. cit. p. 44. Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 57.

[25] TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 815.

[26] ST Supremo de España. 24.02.93.

[27] En esa situación aun siendo contraria a Derecho o antijurídica y, por ello es susceptible de ser eliminada mediante la acción reivindicatoria del propietario, no existe nada que reprochar al sujeto que la ostenta. De ello se deriva la imposibilidad de exigirle responsabilidad. Solamente cuando existe mala fe, es decir una actitud reprochable en el sujeto, surge la posibilidad de imponerle la obligación de resarcir. Por vía de abstracción IHERING identificó la antijuridicidad con la existencia de un daño a un interés, y la distinguió de la culpabilidad, que afectaría a la determinación del carácter doloso o culposo del comportamiento. Los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, señalaba IHERING. Sostenía que la medida de este interés varía según el horizonte de los intereses del pueblo y de la época; que el juicio sobre la cuestión de saber si ciertos intereses son dignos de protección y la necesitan, se modifica con la evolución de las apreciaciones del pueblo. Ciertos intereses a los cuales, en una fase inferior de la civilización, se les niega la protección del derecho, han sido admitidos por ella con el progreso de la civilización; otros la han perdido. A su vez, la noción de la argucia y de la sutileza legal es el ejercicio sin interés y con el único fin de perjudicar a otro. Sólo está prohibida donde la ley la prohíbe expresamente, y, por paradójico que parezca, en eso es en lo que consiste la seguridad del orden jurídico. En materia de posesión,

si se parte del concepto:” los derechos son los intereses jurídicamente protegidos”, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de derecho a la posesión, señala IHERING. Ésta constituye la condición de la utilización económica de la cosa. Que esta utilización resulta así posible para el derechohabiente, como para el que no tiene derecho, no nos importa; en todo caso, la posesión presenta interés como pura relación de hecho: es la llave que abre el tesoro, y es tan preciosa para el ladrón como para el propietario. A este elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica, y de este modo concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho. Si la posesión como tal no estuviese protegida, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento en que es protegida, reviste el carácter de relación jurídica, lo que vale tanto como derecho. Según la teoría romana sobre el derecho de caza, ejemplifica, el que cazaba en terreno de otro contra la voluntad del propietario se hacía dueño de lo que hubiere cazado. Aquí también el hecho simple engendra el derecho. La ley no ha querido en modo alguno dar la aprobación a ese hecho y dejar el campo libre al no propietario para hacer toda clase de especificaciones y al cazador para cazar en terreno ajeno: sus disposiciones responden a la idea de que los terceros no tuvieran que sufrir por la injusticia del acto: las consecuencias perjudiciales alcanzan exclusivamente a las personas culpables, lo cual se obtiene por medio de una acción personal dirigida contra ellos. La propiedad de la presa les es reconocida, no por ellos mismos, sino en interés de la seguridad de las transacciones sobre la propiedad. He ahí una de las ideas más fecundas del Derecho romano, que además se reproduce en una porción de relaciones, en que la adquisición de la

propiedad en la persona del adquirente puede ser atacada, sin que el vicio que entraña su adquisición alcance a la propiedad. De este modo la posesión ha sido reconocida como un interés que reclama protección y digno de obtenerla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de derecho, considerando como institución jurídica el conjunto de principios que a él se refieren. La posesión, como relación de la persona con la cosa, es un derecho; como parte del sistema jurídico, es una institución de derecho, concluye. (Ver IHERING, Rudolph. Tres Estudios Jurídicos. La Posesión. Traducción del alemán de Adolfo GONZÁLEZ POSADA. Ed. Atalaya. Bs. As. 1947. p. 122.)

[28] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 25.

[29] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 27. Nota al pie.

[30] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 25.

[31] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 25.

[32] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p.815.

[33] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 26.

[34] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 27.

[35] Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. Ed. La Ley, Bs. As. 1999. p. 1000/1001.

[36] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 29. SPENDEL, Günther. Gegen den Verteidigungswillen als notweherfordernis in Bockelmann-fs. Munich.1979. p. 251.

[37] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 30.

[38] Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T^a 1999. Ed. La Ley, Bs. As. 1999. p. 1001.

[39] Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T^a 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs. As. p. 332.

[40] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 299. PEÑA LÓPEZ, Fernando. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. p. 268.

[41] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 301/302.

[42] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 302.

[43] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil, cit, T. I, p.

816; PEÑA LÓPEZ, Fernando. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Comares. Granada. 2002. P. 265.

[44] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 816.

[45] Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T. 1999. Ed. La Ley, Bs. As. 1999. p. 1000.

[46] Ver PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. T. I. Ed. La ley. Bs. As. 2006. p. 80.

[47] Ver PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. T. I. Ed. La ley. Bs. As. 2006. p. 84

[48] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 303.

[49] VIVAS, Mario Luis. La legítima defensa y el estado de necesidad como causales de justificación del daño en el ordenamiento jurídico positivo argentino. Tesis doctoral inédita. Bs. As. 2009.

[50] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 817.

[51] Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil, cit, T. I, p.87, nota al pie.

[52] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 105.

[53] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir, cit, .p. 105.

[54] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir, cit, p. 106

[55] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir, cit, p. 107

[56] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir, cit, p. 107.

[57] Ver DE LA FUENTE, Javier Esteban. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Prólogo de José Cerezo Mir. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2008. p. 107

[58] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 300.

[59] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil, cit, p. 301.

[60] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil, cit, p. 301.

[61] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Ed. B de f., Madrid – Montevideo, 2010. p. 207.

[62] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 207.

[63] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 209.

[64] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 209.

[65] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 209.

[66] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 207.

[67] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 210.

[68] LOPEZ MESA, Marcelo J. CESANO, José Daniel. Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal, cit, p. 210

[69] Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil, cit, p. 300.

El estado de necesidad como causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RCyS 2010-IX, 51

Cita La Ley online: AR/DOC/3513/2010

[Consultado el: 25/11/2019]

Sumario

1. Planteo del problema. 2. Concepto. 2.1. Situaciones de necesidad. 2.2. Naturaleza jurídica. 3. El estado de necesidad en el Derecho civil comparado. 3.1. El ordenamiento jurídico entendido como un todo. 4. La cuestión del traslado de la figura del ámbito penal al ámbito de la responsabilidad civil. 5. Conclusiones

1. Planteo del problema

"Puede definirse al estado de necesidad diciendo que es la situación en que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero, que no es autor del peligro".

Es común que al estado de necesidad se lo identifique con las causas de justificación del art. 34 del Cód. Penal.

Pero, llevado ello a la parcela de la responsabilidad civil extracontractual, pocos son los autores que han tratado en profundidad el tema.

No son pocos aquellos que le atribuyen propiedades eximientes de la responsabilidad civil, pero sin analizar concienzudamente su alcance, y en todo caso las fuentes de la que abrevan esos atributos que se les reconoce.

Dicho en otras palabras, ante el vacío legislativo en materia de responsabilidad civil extracontractual en nuestro ordenamiento legal, se plantea el interrogante, que trataremos de contestar en el presente estudio, acerca de si son aplicables las normas del estado de necesidad del Derecho penal al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

2. Concepto

La necesidad, como situación psicológica anormal que es, puede potencialmente gravitar sobre la voluntad humana en cualquier de las ámbitos en que ésta se desarrolle y en consecuencia, también puede constreñirla al campo jurídico y dentro de éste en cualquiera de los sectores en los que convencionalmente se divide (1).

En el ámbito estrictamente jurídico se trata de un tema de raíces interdisciplinarias, siendo penal la sustancia principal de su desarrollo legislativo y de su elaboración dogmática (2).

En general, puede definirse al estado de necesidad diciendo que es la situación en que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero, que no es autor del peligro.

El Código Penal argentino (única norma que se refiere al estado de necesidad como causa de justificación en nuestro ordenamiento jurídico positivo), señala al respecto, en su art. 34: "No son punibles...3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño...".

Savatier ha propuesto una definición descriptiva del mismo en la que aparecen reflejados dos de los requisitos imprescindibles para su apreciación: la actualidad e inminencia de un peligro cierto de un daño, la inevitabilidad del mismo y la necesidad de que el daño evitado sea mayor o igual que el daño causado por el acto dañoso necesitado —la utilidad del daño— entendido como reacción necesaria ante aquel peligro. Para el autor francés, "el estado de necesidad es la situación de quien considera de forma manifiesta que el único medio de evitar un mal mayor o igual es causar un mal menor o igual" (3).

Dentro de esta situación muy variada están comprendidos entre otros, algunos casos de destrucción o de deterioro o de consumo de bienes ajenos (Por ejemplo, casos de irrupción violenta en una casa ajena para salvar a personas de un incen-

dio que ha comenzado o para evitar que el fuego se propague a viviendas vecinas, el del llamado hurto famélico, etc.), de operaciones quirúrgicas (Por ejemplo, el caso del cirujano que en un parto difícil, salva la vida de la madre con sacrificio de la criatura), de accidentes de tránsito (Por ejemplo, el caso de un pasajero lesionado a consecuencia del choque de un ómnibus contra un árbol, para evitar el conductor atropellar a un menor que cruzó imprevistamente la calle), de avería gruesa para alijar un buque en peligro (arts. 1316, 1317 y cc. del Cód. de Comercio español); también conflictos de deberes que recaen sobre una misma persona, en que ésta debe dejar de cumplir uno de ellos para satisfacer el otro, más importante).

Lo que caracteriza al necesitado es hallarse impedido de cualquier otra vía para dar solución a circunstancias que comprometen la persona misma del lesionado: el hambre, las exigencias alimentarias familiares, el peligro que cierne sobre la vida, la salud o las afecciones más caras, son estados físicos y espirituales que darían basamento a un estado de esa clase (4).

En todos estos casos, el acto realizado en estado de necesidad presenta, formalmente, los caracteres de un delito penal, ya que, para evitar un mal inminente, es menester al agente causar voluntariamente un daño a la persona o a los bienes de otro o dejar de cumplir un deber legal. La ley primaria, es y tiene que ser la ley penal, sin perjuicio de que la civil, en correspondencia con aquélla, legisle sobre las consecuencias civiles de ese estado de necesidad (indemnización, etc.), y en su caso, situaciones particulares no comprendidas en la ley penal (5).

2.1. Situaciones de necesidad

Sin embargo, la "necesidad" suele adquirir otras acepciones:

En el Derecho civil español, el art. 1 de la ley de Usura del 23 de julio de 1908, es utilizado como un presupuesto subjetivo de una lesión, al establecer que una de las circunstancias subjetivas alternativas del prestatario para poder considerar al préstamo usurario es su situación "angustiosa". "Angustia" equivalente a situación en la que por miedo a desgracias —daños en sentido amplio— subsanables con dinero se prestó el consentimiento y equiparable a "necesidad" entendida en un sentido económico no lejano al concepto vulgar de "pobreza", aunque sí con connotaciones distintas (6).

En un sentido similar se expide el art. 954 del Cód. Civil argentino, en tanto señala como presupuesto subjetivo de la lesión en él regulada que una de las partes explote la "necesidad, ligereza o inexperiencia" de la otra, sancionando al negocio jurídico con la nulidad.

El estado de necesidad que configura uno de los supuestos de la posición de inferioridad de la víctima, es un estado en el cual ésta opta frente a dos males o situaciones desvaliosas, por elegir el menor y la solución menos desvaliosa o menos dañosa según su propio criterio (7).

El Código Civil argentino contempla otras situaciones de necesidad, sin que tales preceptos constituyan principios generales de exclusión de la responsabilidad.

El art. 2227 del Código Civil entiende por depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros.

En materia de responsabilidad civil, el art. 2228 señala que el depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y éstas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo.

A su vez, el art. 2230, establece que el posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden de todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes o de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros. Esta norma se complementa con lo dispuesto por el artículo siguiente, que señala que el posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de las posadas, y no se eximen de responsabilidad por avisos que pongan anunciando que no responde de los efectos introducidos de los viajeros; y por cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad, las que serán de ningún valor.

2.2. Naturaleza jurídica

No existe acuerdo sobre la naturaleza jurídica de este instituto.

Algunos han dicho que la naturaleza jurídica del estado de necesidad consiste en un acto ilícito, ya que nadie tiene derecho de sacrificar un bien ajeno para salvar uno propio, aunque se ha dicho en contra que en el acto de necesidad falta la libre voluntad, que es elemento necesario del acto lícito.

En esta corriente se ha encontrado enrolado Nattini seguido por Chironi y Brunetti en Italia, o Lalou en Francia. Ellos han mantenido una teoría conforme a la cual el hecho realizado en estado de necesidad habría de considerarse ilícito, pero siendo la acción realizada bajo el imperio de la fuerza mayor o del caso fortuito, venía a faltar el elemento de la imputabilidad y, en consecuencia, no surgía en estos supuestos la obligación de resarcimiento. Para atemperar la injusticia material que suponía para el perjudicado soportar enteramente el daño, se sostenía la viabilidad a favor del dañado, de la *actio in rem verso*.

En la doctrina española, La Orden Miracle considera ilícito el hecho dañoso realizado en estado de necesidad, entendiéndose por ilicitud la contrariedad con la ley, no siendo necesaria, para ser apreciada esta contravención una prohibición expresa, sino que basta con que ésta se halle implícita en aquélla, como ocurre cuando la ley reconoce un derecho. Es indudable que en estos casos se prohíbe todo hecho que pueda menoscabarle. En los supuestos en los que una norma de rango legal considere lícito de manera expresa el acto dañoso

en estado de necesidad diferencia el autor, según esta ley establezca o no una indemnización a favor del perjudicado. En el primer caso tal ley sería explicable si todo su sistema de derechos subjetivos lo tuviese pendiente de los eventos necesarios, de modo que al violarse un derecho en situación de necesidad no se hiciera nada que desbordase las esferas jurídicas creadas y protegidas por la propia ley, puesto, que de no ser así, estaríamos ante el absurdo de crear y reconocer derechos que el propio ordenamiento no está dispuesto a proteger.

En el segundo de los casos enunciados, esto es, cuando la norma declara la licitud del acto dañoso necesitado pero lo sujeta a indemnización, estaríamos frente a una imprecisión técnica ya que, desde el momento que se exige un resarcimiento, se reconoce jurídicamente la existencia de un daño "y esto en definitiva, no es más que aceptar una ilicitud" (8).

La mayoría de la doctrina sostiene que el estado de necesidad es un acto lícito. En efecto, si la acción necesaria no tiene por móvil inferir agravio, ni éste se realiza por culpa o imprudencia, sino en razón de una causa extraña a su autor, cerrándole todo camino para salvar su persona o bienes, o los de otro, a no ser el de perjudicar la persona o bienes de un tercero, no es posible ver en ello la comisión de un acto ilícito, sino el ejercicio de una facultad legítima, sometida a ciertas condiciones necesarias (9).

Otros, en la misma línea de sostener la licitud del acto, fundamentan la misma cuando el bien salvado es de igual o mayor valor que el sacrificado pero, al mismo tiempo, juzgan siempre debido el resarcimiento de los daños ocasionados.

Para Busto Lago, esta última solución es laudable desde la perspectiva de la equidad, pero carece de coherencia de iure conditio en orden al planteamiento que desde un plano jurídico se hace de la institución puesto que, en una argumentación realizada desde este plano, al faltar el elemento de la ilicitud —o de la culpa— en el evento necesitado, no puede existir un derecho al resarcimiento a favor del perjudicado (10).

El daño causado en estado de necesidad como acto lícito dañoso ha sido sostenido también en la doctrina italiana por De Cupis, Briguglio y Molari, entre otros. Conforme a esta teoría, los daños causados en estado de necesidad supondrían un ejemplo de la categoría genérica de los actos lícitos dañosos. La tesis encuentra su fundamento en la presencia en el ordenamiento jurídico —tanto en el italiano como en el español— de normas que Briguglio denomina autorizantes, derogatorias de la norma general de los arts. 2043 del CC italiano y del art. 1902 del Código Civil español, por permitir, cuando concurren determinadas condiciones, la realización de un comportamiento dañoso. De esta forma, estas normas, contemplando la existencia de dos intereses diversos no conceden prevalencia a uno sobre el otro, preceptuando el nacimiento de una indemnización —no de una obligación resarcitoria— tendiente a restablecer el equilibrio patrimonial turbado por el acaecimiento de un hecho lesivo para uno de los patrimonios en juego. De allí que se pueda hablar en estos casos, para los citados autores, de daños no antijurídicos o, simplemente daños justos (11).

La tesis que actualmente goza de amplio consenso y parece consolidarse en el ámbito jurídico penal es aquella que se la

califica como bifronte, denominada también teoría dualista o diferenciadora. Considera que el estado de necesidad tiene una naturaleza jurídica doble: por un lado, se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad, en tanto en su seno, se enfrentan bienes de desigual valor y por el otro, como causa de exclusión de la culpabilidad cuando pugnan bienes de igual rango, en razón del principio de inexigibilidad. Esta tesis ha recibido consagración legislativa en el ordenamiento jurídico alemán (12).

Sin embargo, aun cuando esta tesis goza de amplio consenso en el ámbito jurídico penal, donde fue concebida, en el seno de la civilística se han elaborado otras. Ello, especialmente en ordenamientos en los que el estado de necesidad cuenta con una disciplina jurídica propia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (13).

Otros han señalado que el acto de necesidad se encuentra fuera del Derecho, no siendo prohibido ni permitido, pese a que se ha sostenido que el acto es permitido o reprobado por el Derecho, pero nunca ajeno a él.

Esta corriente de pensamiento, encabezada por Binding, Unger o Scaturro, entre otros, afirmaba apodícticamente la irrelevancia jurídica del estado de necesidad. Los actos realizados en tales situaciones no serían caracterizados ni conformes ni contrarios a Derecho, de modo que estaríamos frente a un acto *extra iure* (14).

Llambías, por su parte interpreta que el acto necesitado es involuntario, por cuanto la actividad del sujeto que obra constreñido por la amenaza de un mal grave e inminente —

"violencia objetiva"—, carece de libertad moral. Y no tratándose de un acto voluntario no puede ser calificado como lícito o ilícito, no produciendo además por sí obligación alguna, por cuanto "no es apto para comprometer la responsabilidad del agente por el daño que él materialmente ha causado, pero obrando sin libertad" (15).

3. El estado de necesidad en el Derecho civil comparado

En Italia, el art. 2045 del Código Civil de 1942 prevé que sea el juez quien establezca, con equitativa apreciación, la medida de la indemnización. El deber del juez consiste en realizar una valoración del caso singular —irrecurrible en Casación— en atención a un mutuo equilibrio de los intereses en conflicto. Los elementos que pueden contribuir a la determinación de la indemnización son varios: la entidad del perjuicio sufrido por el dañado, la gravedad del daño evitado, el grado de amenaza y actualidad del peligro, el comportamiento mantenido en el curso de todo el suceso tanto por el dañante como por el dañador, e incluso, verificar cuáles son las condiciones económicas de cada una de las partes (16).

La doctrina civil francesa admite, generalmente, que el estado de necesidad suprime el carácter culpable del comportamiento dañoso realizado bajo el imperio de esta circunstancia extraordinaria —tanto desde la perspectiva civil como la penal— pero propone el mantenimiento, en todos los casos, de una indemnización al dañado (17).

Savatier, por su parte, crea un droit de nuire contre indemnité, de forma que el autor del acto necesitado si bien está justificado en cuanto a la comisión del acto mismo, no lo está en cuanto al deber de indemnizar al dañado (18).

Para Viney, las múltiples tesis doctrinales propuestas acerca de la naturaleza y efectos jurídicos del estado de necesidad, no son sino reveladoras de la distancia que lo separa del Derecho penal. En éste último es una causa de impunidad y en Derecho Civil, si bien impide considerar como culpable el acto objetivamente ilícito cometido bajo su imperio, no excluye toda la responsabilidad, sino que ésta es presentada como una forma autónoma de responsabilidad civil (19).

En el ordenamiento jurídico español, la regla tercera, párrafo 1º del art. 118 del Código Penal preceptúa que el daño causado en estado de necesidad ha de ser resarcido por "las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado". Si bien podría pensarse que el estado de necesidad constituye una causa de justificación del Derecho penal, se aprecia que subsiste un deber de indemnizar en el ámbito civil.

Si bien no ha de considerarse como antijurídico el acto dañoso cometido en tales circunstancias, ello no excluye toda responsabilidad, constituyendo en el ordenamiento ibérico una fuente autónoma de obligaciones (20).

3.1. El ordenamiento jurídico entendido como un todo

Si bien la antijuridicidad es un concepto elaborado fundamentalmente por la dogmática penal, ha trascendido del ámbito de la Teoría del delito para pasar a ser una categoría general del Derecho que puede referirse a cualquiera de los sectores integrantes del mismo (21).

Como el ordenamiento jurídico es uno solo, el hecho es antijurídico para todo el Derecho.

No hay ilicitud penal, civil, laboral, etcétera, sino ilicitud lisa y llana. Diferente resulta el supuesto en que un hecho antijurídico pueda producir efectos en alguna rama del Derecho y no en otra. Por ejemplo, hay delitos penales que no generan responsabilidad resarcitoria, como es el caso de las tentativas de homicidio o lesiones. Pese a ello, hay hechos ilícitos dañosos de los que no surge responsabilidad penal, como en el caso de la destrucción culpable de una cosa, ya que el tipo delictivo exige que se haya actuado con dolo (22).

No es posible fragmentar la ilicitud, pues el Derecho no permite en un sector, lo que veda en otro, en virtud de principio lógico de no contradicción (23).

En Derecho penal, por ejemplo, la norma es algo que se obedece o se desobedece, por lo que sus reglas exigen el "deber". Si se desobedecen, ha habido una "infracción" al derecho y lo que se ha hecho es jurídicamente "incorrecto", la "trasgresión de un deber", o un "delito".

La ley penal cumple la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de éstos.

La pena o "sanción" que las normas imputan a las infracciones o violaciones del derecho penal busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades (aunque la pena pueda servir otro propósito).

En la órbita de la responsabilidad civil extracontractual, cuyo objetivo consiste en resarcir a los individuos los daños sufridos como consecuencia de la conducta de otros, sus reglas determinan qué tipo de conducta constituyen ilícitos civiles que dan lugar a acciones judiciales, imponen deberes u obligaciones de abstenerse de tal conducta. A ese comportamiento se lo denomina "violación de un deber" y a la indemnización u otros remedios jurídicos "sanción" (24).

La doctrina dominante insiste en la unidad de la antijuridicidad y reconoce a cada rama del derecho la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes de las consecuencias jurídicas.

Todos los injustos tienen un denominador común: la violación al orden jurídico. No obstante ello, ese concepto indiferenciado de ilícito puede ser diversamente estructurado por cada rama del derecho, dando lugar a variadas especies de ilícitos. Pero ontológicamente no cabe efectuar distingos: las disciplinas se separan sólo para facilitar su conocimiento y aplicación (25).

La sanción no puede ser índice idóneo para distinguir un ilícito de otro porque no es elemento estructural de ellos, sino efecto. Un acto no constituye ilícito penal por estar castigado con una pena, sino que se aplica ésta por presentar aquel carácter.

En esencia, la ilicitud es única desde que supone en todos los casos, un acto voluntario cuyo cumplimiento contraviene una regla de derecho y determina una reacción del ordenamiento jurídico.

Hoy la doctrina, tanto en lo penal como en lo civil, coincide en reconocer esta unidad de lo ilícito, si bien admite que cuando es recogido por los ordenamientos jurídicos parciales, adquiere nuevas notas o rasgos que permiten individualizarlo dentro de cada orden particular.

Si sustancialmente la ilicitud civil y la ilicitud penal no difieren entre sí, cuantitativamente son distintas:

En materia civil, ilícito es todo acto voluntario ejecutado contra una prohibición legal; en materia penal, ilícito es todo acto voluntario ejecutado contra una prohibición legal, previsto y castigado por la ley. Mientras la ilicitud civil es una categoría abstracta y general que se presenta cada vez que concurre el quebrantamiento de una norma de derecho por culpa del autor del acto; la ilicitud penal es específica y concreta, pues a más de requerir la presencia de los dos elementos objetivo y subjetivo premencionados, exige a la vez, la tipicidad, es decir, que el acto encaje en el tipo que la ley ha descrito previamente como ilícito.

La finalidad del ordenamiento jurídico civil y la del ordenamiento jurídico penal es diferente al establecer la ilicitud de un acto. En aquél, es la de reparar el daño experimentado por el ofendido; en este, la de infligir una pena al ofensor.

La distinta finalidad de la sanción dice también que ha de ser distinto el criterio que la determina: en lo ilícito civil la reparación se fija en la extensión del daño inferido a la víctima, con prescindencia de la mayor o menor culpabilidad del autor del acto; en lo ilícito penal, la pena está en función de la gravedad del hecho y de acuerdo a la peligrosidad del sujeto.

Ello, señala, asimismo, que si la reparación es de orden patrimonial, la muerte del culpable no extingue la obligación resarcitoria, que pasa a sus herederos. En lo criminal, como la pena es personalísima, la muerte del imputado extingue la acción penal.

Esta última circunstancia permite apuntar, que en principio, sólo las personas naturales son susceptibles de responder criminalmente, en tanto que la responsabilidad civil comprende por igual a ellas como a las jurídicas (26).

Es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. No es engañoso clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y normas que confieren potestades a funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un juez, la de dictar reglamentos a un ministro, la de aprobar ordenanzas a un consejo departamental.

Debe sostenerse firmemente el concepto de la antijuridicidad en todo el campo del derecho, sin distinción de sus ramas. Un hecho es o no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una rama jurídica y no serlo para otra. Esto sin perjuicio de que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de ellas y en otras no. Por ejemplo, la destrucción culposa de un objeto es un acto ilícito civil, pero por no encuadrar en el art. 183 del Cód. Penal argentino, no produce efecto en el campo penal.

La unidad de la antijuridicidad del hecho resulta de la unidad de la norma jurídica de valuación que regula su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho, con prescindencia de que, por su tipificación penal o por sus efectos civiles, se le atribuyan consecuencias jurídicas de una u otra índole o ambas (27).

Para Roxin (28), a la pregunta de si las autorizaciones o derechos de intromisión del derecho civil o del derecho público excluyen en todos los casos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica, debe responderse afirmativamente. Sería una contradicción axiológica insoportable, y contraría la subsidiariedad del derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del derecho no obstante fuera castigada penalmente. En ese aspecto hay que reconocer por consiguiente la tan invocada "unidad del ordenamiento jurídico, que abarca todas las normas vigentes en el territorio federal, con independencia del órgano creador de las normas", exactamente igual que el principio de que las causas de justificación relevantes en derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico (29).

La antijuridicidad es, en este entendimiento, siempre la misma, si bien hay supuestos específicos del ilícito (el delito, el ilícito civil, el ilícito administrativo o la conducta antisindical) a los que las distintas disciplinas jurídicas atribuyen consecuencias diversas (la pena, el resarcimiento, el cese inmediato y la reparación de consecuencias (30).

Como primera conclusión, podemos sostener que una conducta sólo es antijurídica cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico. Así lo exigen los arts. 19 de la Constitución Nacional y 1066 del Cód. Civil.

4. La cuestión del traslado de la figura del ámbito penal al ámbito de la responsabilidad civil

La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; y no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido (31).

Es opinión generalizada en la doctrina que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico: es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el Derecho civil, por el Derecho administrativo o por el Derecho penal. El que detiene a un sospechoso bajo las condiciones que establecen las leyes procesales lo priva de su libertad, o sea, realiza una acción típica (art. 163, Cód. penal español), pero la misma no es antijurídica si se mantiene dentro de la autorización que le acuerdan aquéllas (32). Lo mismo ocurre con el derecho de

retención del Derecho civil (arts. 1730, 1780 del Cód. civil español; art. 3939 del Cód. Civil argentino).

Sin embargo, se pone en duda el postulado de la unidad del orden jurídico y de ello se deduce que es posible admitir una antijuridicidad específicamente penal con la contrapartida de una justificación específicamente penal (es decir, que no tiene efectos justificantes en otras ramas del Derecho).

El postulado de la unidad del orden jurídico conducía a la unificación de los efectos de las causas de justificación en todo el orden jurídico: así, el autor que obra en un estado de necesidad justificante no debería responder civilmente por el daño sufrido por el titular del bien sacrificado, dado que su acción no sólo estaría justificada en el derecho penal, sino también en el civil.

Este punto de vista fue dominante hasta hace unos años (33).

Todo sistema normativo debe contar con propiedades estructurales: completitud, independencia y coherencia (34).

Así entendido, pareciera ser que bien pueden ser aplicables a las normas de la responsabilidad civil aquellas que proceden del Derecho penal o administrativo.

En la actualidad, por el contrario, se tiende a sostener que no toda causa de justificación puede ser trasladada sin más de un ámbito jurídico a otro.

En este sentido, la cuestión requerirá de la aclaración de algunos criterios sobre cuya base ha de decidirse la extensión de las causas de justificación no penales al ámbito del Derecho penal, y viceversa.

De gran interés es la tesis desarrollada por Günter, señala Bacigalupo, que distingue entre causas de justificación específicamente penales (por ejemplo: el derecho a la libertad de expresión e información del art. 20 de la Constitución española en relación a los delitos de injurias), que excluyen la antijuridicidad específicamente penal, pues reducen el contenido de ilicitud por debajo del mínimo que exige el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal: dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el Derecho administrativo o civil.

La consecuencia práctica sería: una conducta penalmente justificada, que sin embargo no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente. Frente a las causales específicamente penales se debe distinguir según el autor citado, las que tienen un carácter general porque extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad) (35).

Otro sector de la doctrina distingue entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención.

Las primeras sólo justifican la realización de la acción, pero no imponen al afectado por la autorización de la acción el deber de tolerar una lesión en sus bienes jurídicos (por ejem-

plo, X tiene decidido publicar una imputación que afecta el derecho a la intimidad y el honor de "Y"; este le sustrae los documentos para salvaguardar su honor; esta última acción no estará cubierta por una legítima defensa, pero sí por un estado de necesidad, dado que el art. 20 de la Constitución española sólo otorga una autorización de acción, pero no un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos).

En el Derecho civil italiano, el art. 2045 señala que cuando quien ha cometido el hecho dañoso se encontró constreñido por la necesidad de salvarse a sí mismo o a otros de los peligros actuales de un grave daño a la persona (art. 1447) y el peligro no ha sido causado por él voluntariamente ni era evitable (Cód. Penal, art. 54), al damnificado le es debida una indemnización, la cual se mide y fija por la justa apreciación judicial (36).

En el derecho colombiano, no existe una norma que consagre la obligación de indemnizar cuando el hecho es producido en un estado de necesidad.

Tamayo Jaramillo (37), refiriéndose a la posibilidad de indemnizar el daño causado en estado de necesidad, señala que la responsabilidad civil aquiliana no puede comprometerse cuando ha habido un estado de necesidad, ya que el hecho se justifica, es decir, es lícito.

En nuestro derecho positivo argentino, es el Código Penal el que se ocupa del estado de necesidad: el art. 34, inc. 3 estableciendo que no es punible: "El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño". El Código Civil guarda completo silencio (38).

Hemos dicho en ese sentido que se debe sostener firmemente el concepto de la unidad de la antijuridicidad en el campo del derecho, sin distinción de sus ramas. Un hecho es o no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una rama jurídica y no serlo para otra. Esto, sin perjuicio de que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de ellas y en otras no (39). Tampoco en nuestra legislación existe precepto alguno que conceda expresamente un "derecho" de necesidad, ni que imponga, al que sufre la intromisión, la "obligación" de tolerarla o consentirla.

Nuestro Código, señala Orgaz (40), presenta un evidente vacío, que no puede ser llenado con los recursos de analogía y de los principios generales del derecho (art. 16). La analogía podría invocar los casos que el Código contempla de indemnizaciones correspondientes a actos lícitos: arts. 2553, 2627, 2650, 3077, etc., en que procede la indemnización plena.

Pero estas disposiciones no pueden extenderse a otros casos, aunque se estimen análogos, porque revisten carácter excepcional y son, por tanto, de aplicación estricta.

El principio general es que las acciones lícitas —sean de ejercicio de un derecho, art. 1071, sean de ejercicio de facultades permitidas o no prohibidas (art. 19, CN) — no generan responsabilidad por las consecuencias que derivan de ellas, salvo disposición expresa en contrario (excepción).

Tampoco cabe recurrir a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, tanto si el estado de necesidad es causa de justificación cuanto si se estima que es sola-

mente de inculpabilidad: en uno y en otro supuesto, esos principios generales conducen necesariamente, en ausencia de precepto expreso, a la conclusión de que no procede ninguna reparación: si el acto necesario es lícito, ella no corresponde (art. 1066); si es ilícito, pero inculpable, tampoco (art. 1067).

En vano, señala Orgaz, podría invocarse el enriquecimiento sin causa, porque este principio, lo mismo que en el Código francés, "no está consagrado en parte alguna del Código", a diferencia de lo que ocurre en otros Códigos extranjeros (alemán, art. 819; suizo de las obligaciones, art. 652; peruano, art. 1149).

Por lo demás, la idea de "enriquecimiento" tiene un sentido patrimonial y sólo es útil en los conflictos a propósito de cosas, ya que resultaría inaplicable con relación a bienes personales (ejemplifica señalando cuál sería el enriquecimiento que obtiene una persona que salva su vida a costa de la lesión corporal de un tercero o de un ataque a su libertad).

Menos satisfactorios entiende Orgaz, son los fundamentos de la gestión de negocios, ya que aceptarlo es admitir una deformación completa de la gestión de negocio: "no puede haber gestor a pesar suyo". Ni tampoco la expropiación privada, por cuanto nuestro Derecho no conoce tal figura (41).

Más allá de los argumentos esgrimidos, lo cierto es que no existen normas en nuestro Derecho positivo referidas al estado de necesidad como causal de justificación, que no sea la plasmada en el art. 34, inc. 3. del Cód. Penal.

5. Conclusiones

1. Con la salvedad del art. 34, inc. 3 del Cód. Penal, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce otra norma relativa al instituto que justifique responsabilidad.

2. La doctrina dominante sostiene que una conducta sólo es antijurídica cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico, por lo que sin un mandato legal incumplido no existe conducta reprochable. Consecuentemente, en función del principio de legalidad consagrado en la Constitución Nacional, sin reprochabilidad del acto no queda comprometida la responsabilidad civil.

3. La doctrina dominante sostiene la unidad de la antijuridicidad, como acto contrario a la ley, y reconoce a cada rama del Derecho la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes en sus consecuencias jurídicas.

4. La unidad del ordenamiento jurídico y la aplicación del principio constitucional de legalidad llevan a concluir que, ante el vacío legislativo, el estado de necesidad previsto en el Derecho penal constituye también una causal de justificación de la responsabilidad civil.

(1) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. ps. 369-370. LA ORDEN MIRACLE, Ernesto. El Estado de Necesidad en el derecho privado. Establecimiento Bibliográfico de J.A. Jiménez. Murcia. 1933. p. 2

(2) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 370. FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil moderno. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990, p. 391.

(3) BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 392. SAVATIER, René. L'Etat de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle, en Études de Droit civil, à la mémoire de Henri Capitant. Dalloz. Paris. S. d. p. 729

(4) Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Buenos Aires 2004, p. 927.

(5) Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Tomo 2006. "Estado de Necesidad". Ed. La ley. Buenos Aires 2007, ps. 1377/1378.

(6) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998, p. 370.

(7) Ver COBAS, Manuel O. A propósito de la lesión subjetiva. Ed. La Ley, 15.09.05., pgs. 1/3.

(8) BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 379. LAORDEN MIRACLE, Ernesto. El estado de necesidad en el Derecho Privado. Ed. Jimenez. Murcia. 1933. p. 72.

(9) Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Estudios sobre la responsabilidad civil. "El Estado de Necesidad en el Derecho Civil". Ed. Platense. La Plata. 1963. ps. 133/135.

(10) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 380.

(11) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 383.

(12) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 383-384. MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho penal (traducción de la 2ª. edición alemana y notas de Derecho español por J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ). Ed. EDER-SA. Madrid. 1935. p.378.

(13) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 378.

(14) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 380.

(15) TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Buenos Aires 2004, ps. 939-940.

(16) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 401. BRIGUGLIO, Marcello. Lo stato di necessita nel Diritto civile. Ed. CEDAM. Padova 1963.p. 155 y ss.

(17) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 402. JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. ED. Dalloz. Paris. 1992.p. 73. VINEY, G. La responsabilité: Condictions, en el *Traité de Droit Civil* dirigido por J. Ghestin. T. IV. 2ª. ed. nª 571. Ed. LGDJ. Paris. 1995. p. 686.

(18) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 402. SAVATIER, Rene. L'Etat de nécessité et la res-

ponsabilité civile extra-contractuelle, en Études de Droit civil, à la meoire de Henri Capitant. Dalloz. Paris. S.d.p. 737. VINEY, G. La responsabilité: Condictions, en el Traité de Droit Civil dirigido por J. Ghestin. T. IV. 2ª. ed. nª 571. Ed. LGDJ. Paris. 1995. p. 686.

(19) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 402. VINEY, Génevieve. La responsabilité: Condictions, en el Traité de Droit Civil dirigido por J. Ghestin. T. IV. 2ª. ed. nª571. Ed. LGDJ. Paris. 1995. p. 686.

(20) Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 401.

(21) BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 49.

(22) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, p. 333.

(23) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, p. 339.

(24) HART, H. L. A., El concepto del derecho. Traducc. De Genaro R. Carrió. 2ª edición (reimpresión). Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires marzo de 2004.

(25) GOLDENBERG, Isidoro Hernán. Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T. 1999. Ed. La Ley, Buenos Aires 1999, p. 1002.

(26) SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. T. IV. Fuentes de las obligaciones. 2a ed. actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por

Arturo Acuña Anzorena. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1958 p. 22 a 25.

(27) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Buenos Aires 2004. p. 814. NUÑEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. T. I. Parte General cit. p. 291-292.

(28) ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas. Madrid. Reimpresión, 2007. p. 570.

(29) ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas. Madrid. Reimpresión, 2007. p. 570.

(30) BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 49.

(31) Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 2007, p. 352.

(32) Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 2007. p. 352.

(33) Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 2007, p. 36.

(34) Ver ALCHOURRON, Carlos E. BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. 5ª. Reimpresión. Ed. Astrea. Buenos Aires 2006, p. 100.

(35) Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 2007, p. 358.

(36) Art. 2045 (Código Civil Italiano). Stato di necessità. Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (1447), e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato ne era altrimenti evitabile (Cod. Pen. 54), al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice (att. 194).

(37) Ver TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. T. I y II. Ed. Legis. Bogotá. 2007.

(38) Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. T. 2006. "Estado de Necesidad" pgs. 1378-1389. LA LEY, 148-1104, 1972. p. 1378. Ed. La Ley. Buenos Aires 2006.

(39) Ver NIETO BLANC, Ernesto y BOUZAT, Luis Francisco. Estudios de Derecho Civil. Serie IV. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Estudios de Derecho Civil. Buenos Aires 1991. p. 40.

(40) Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. T. 2006. "Estado de Necesidad" ps. 1378-1389. La Ley 148-1104, 1972. p. 1385. Ed. La Ley. Buenos Aires 2006.

(41) Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. T. 2006. "Estado de Necesidad" ps. 1378-1389. LA LEY, 148-1104, 1972. p. 1386. Ed. La Ley. Buenos Aires 2006.

El contrato de adhesión. Pautas interpretativas

Por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LA LEY 03/03/2011, 1 • LA LEY 2011-B, 692

Cita La Ley online: AR/DOC/529/2011

[Consultado el: 25/11/2019]

Sumario

1. Planteo del problema. 2. El contrato de adhesión como fenómeno contemporáneo. 3. La interpretación en los contratos de adhesión. 3.1. El principio de la buena fe. 3.2. El principio que señala que "en caso de duda debe estarse a favor del contratante más débil". 3.3. Los efectos de las cláusulas que se deben tener por "no convenidas". 4. Conclusiones.

1. Planteo del problema

"La figura del contrato de adhesión, a condiciones generales de contratación o con cláusulas predispuestas ha provocado un paradigma a partir del cual se ha dado mayor protección a la libertad de contratar de la parte más débil, procurando eliminar los efectos de su desequilibrio económico".

La nueva tecnología que emerge a partir de la Revolución Industrial provocó el aumento en la producción de bienes y servicios, cuya comercialización en el mercado requirió de una oferta a un precio razonable. Esta situación dio nacimiento al contrato de adhesión, identificado algunas veces con las condiciones generales de contratación, otras con los contratos con cláusulas predispuestas. Su concepto deterioró la vieja concepción decimonónica de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Cuando el ideal de justicia queda seriamente comprometido, y además se rompe la congruencia entre los fines que persigue la regulación contractual y los resultados a que llegan las relaciones económicas, es decir, cuando se produce un desfase entre el fenómeno jurídico y social, la doctrina empieza a reaccionar. (1)

El primer interrogante que se plantea consiste en determinar si se ha generado a partir de ello un nuevo paradigma frente a los postulados liberales que supieron ser los pilares de la vieja codificación.

En el mismo sentido, y como consecuencia de ello, habrá de interrogarse si las reglas generales de interpretación tradicionales del derecho común le serán aplicables, o bien han de ser sometidos a reglas específicas, propias de las particulares connotaciones que presentan.

2. El contrato de adhesión como fenómeno contemporáneo

En la época de la Codificación, ligada a los presupuestos filosóficos del liberalismo, la voluntad era entendida como sinónimo de libertad y elevada a la categoría de dogma. En su virtud, la libertad contractual, entendida como libertad de contraer obligaciones y de determinar el contenido del contrato, se convierte en bien jurídico que merece la máxima protección. (2)

La igualdad formal de los contratantes constituía el otro presupuesto ideológico liberal.

Las transformaciones sociales, políticas y económicas han producido la decadencia de ese voluntarismo jurídico, "sin que se pueda predicar que ellas hayan impuesto el abandono absoluto de sus conceptos". (3)

Pronto, la doctrina comenzó a advertir que esa presunción de plena libertad de decisión no pasaba de ser una quimera, y la realidad demostraba una profunda disparidad entre las concretas posiciones de fuerza de aquellos que poseían la riqueza y los contratantes que no disponían más que su fuerza de trabajo. Tal desigualdad vino a ser confirmada por la existencia de normas que practican la defensa de una categoría concreta de contratantes, como son los consumidores, atribuyendo posiciones jurídicas privilegiadas a los sujetos sustancialmente más débiles. (4)

Se trata del paradigma de un contrato cuya "fuerza de ley" resulta notoriamente atenuada por la profusa creación de res-

cisiones por arrepentimiento, y por la difusión de las causales de invalidez provenientes de la multiplicación de los vínculos de forma, de contenido, de transparencia - totalidad; un contrato en el que la impugnación más grave es equilibrada con una contención forzosa de sus consecuencias destructivas (nulidades relativas, nulidades parciales); un contrato cada vez más sujeto a controles sobre el equilibrio de las prestaciones, en sentido no sólo normativo sino también genuinamente económico; un contrato cuyo régimen sufre la creciente mezcla entre órdenes de reglas tradicionalmente separados como las reglas de validez y las reglas de comportamiento - responsabilidad. (5)

En resumidas cuentas, los vaivenes experimentados por el principio de la autonomía privada, su real vigencia, y en todo caso la relimitación de sus contornos, está fuertemente influenciada por la primacía de ideologías y las corrientes políticas y políticas económicas vigentes en un determinado momento histórico. (6)

Como decía Josserand "en toda comunidad social, la vida del derecho está ampliamente condicionada por la vida económica", agregando que "cada vez más lo económico trastorna lo jurídico, le impone su ley, lo modela a su imagen", lo que conduce a debilitar y hasta anular normas milenarias que constituían tradicionalmente la estructura del organismo jurídico y social, como el absolutismo del derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad", concluyendo el maestro lionés que "antaño, el legislador construía o pensaba construir para la eternidad; luego de un cuarto de siglo no edifica más que resguardos provisionales, levantados de prisa y que una ráfaga económica barrerá en cualquier momento; el texto legislativo

persigue la solución de una ecuación económica cuyos términos se van modificando de una época o de un año al otro".
(7)

Ciertamente puede resultar ímprobo —además de inútil— tratar de encajar la moderna contratación en masa a los moldes individualistas del contrato previstos por los Códigos civiles, para los cuales la libertad contractual y el dogma de la autonomía de la voluntad, el carácter fundamentalmente dispositivo de la mayoría de sus normas, la teórica libertad e igualdad de las partes en el contrato, etc., continúan constituyendo la base sobre la cual se asienta el Derecho de la contratación. (8)

Ello fue puesto de resalto en una sentencia interlocutoria trelewense donde se nota la mano maestra del Dr. Marcelo López Mesa, en la que se dijo que "el llamado "contrato de adhesión" según el propio creador de la terminología, el maestro Raymond Saleilles, de "contrato sólo tiene el nombre" (cfr. la posición de Saleilles en su clásica obra "De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand", París, 1909, pp. 229/230, n° 89 y 90; ver asimismo un excelente comentario realizado por el maestro Christophe Jamin, titulado "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", en "Etudes offertes à J. Ghestin", LGDJ, París, 2001, pp. 450 y ss). Ello así, porque en este tipo de contrataciones, como dijera el eminente Prof. Koschaker, "el adherente, suele tener sólo el derecho de decir Amén". Ello convence de que en estas contrataciones no cabe la indiferencia del juez, sino que éste debe hacer uso de las herramientas de control y revisión de que lo dota el ordenamiento con una intensidad mayor que si se tratara de un contrato redactado por las partes,

negociando en un pie de igualdad y sobre la base de concesiones recíprocas". (9)

Un derecho que se fundamenta en la vieja máxima romana de que "el contrato es ley para las partes", pero que olvida a menudo que por encima de esa ley convencional voluntariamente asumida por los contratantes y que se apoya en su libre consentimiento, ha de existir otra ley que debe imponerse con carácter general e imperativo e independientemente de la voluntad de las partes y cuya misión consiste no tanto en impedir la libertad de contratar cuanto en proteger esa libertad impidiendo precisamente el abuso de una parte sobre la otra y eliminando en lo posible los efectos del desequilibrio económico de los contratantes. (10)

3. La interpretación en los contratos de adhesión

Ya Josserand señalaba que el art. 1162 del Código Civil francés da la preferencia al deudor sobre el acreedor, en caso de dificultad de interpretación, debido a la estructura misma del contrato de adhesión, diferente de la del contrato paritario. (11)

No obstante, nuestra legislación carece de normas de interpretación contractual para supuestos de contratos de adhesión, que no sean las que surgen de los arts. 10, 37 y 38 de la ley 24.240, ref. 26.361 (LDC) (Adla, LIII-D, 4125; LXVIII-B, 1295)

En rigor de verdad, la norma, por un lado, establece pautas de interpretación en el sentido más favorable al consumi-

dor y a las consecuencias de la violación al deber de buena fe del oferente; por el otro, priva de eficacia a la cláusula que reúnan las condiciones que ella misma describe.

Tal como sucede en otras legislaciones, (12) se podrá decir que la norma significa un avance importante en el desolado páramo en que se encontraban las condiciones generales de contratación hasta su promulgación. Sin embargo, en coincidencia con otros autores, puede señalarse que no parece que una norma de estas características, pluridisciplinar y, en cierto modo, ley "marco", sobre la protección de usuarios y consumidores sea el lugar adecuado para resolver con ciertas garantías de rigor y exhaustividad un problema cuyas raíces se hunden en el más puro tronco del derecho privado y que necesita de una regulación legal específica que proporcione de modo completo y riguroso las complejas soluciones técnico-jurídicas que requiere la problemática de las condiciones generales. (13)

De esa forma, la jurisprudencia argentina ha debido señalar pautas de interpretación, para esta clase de contratos que pueden resumirse en lo siguiente: a) el principio general de la buena fe consagrado en el art. 1198, Cód. Civil; b) las normas de interpretación de los arts. 217 y 218 del Cód. Com; c) la propia normativa de defensa del usuario y del consumidor (arts. 3, 37 y 38 LDC).

Procurando armonizar estas reglas, y sin perjuicio de la aplicación de las generales del derecho común ya referidas, podemos formular aquellas que son de aplicación específica a los contratos de adhesión:

3.1. El principio de la buena fe

El estándar de la buena fe constituye una cláusula abierta que debe regir la actividad del intérprete para toda clase de contratos y es la regla primordial para la interpretación de los contratos de adhesión. (14)

Es entendida la buena fe como criterio objetivo para la valoración de conductas e intereses en el contrato, apuntando a evitar un perjuicio desproporcionado y no equitativo al consumidor o bien, que comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, (15) o como señala Roppo, aceptada como corrección, razonabilidad, sensibilidad frente a las razones de la contraparte. (16)

Los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe —art. 1198, Cód. Civil—, prefiriendo la solución que más convenga a su naturaleza, a fin de evitar que aspectos marginales o secundarios sirvan de pretexto para desligarse de la palabra comprometida y frustrar la finalidad acordada. (17)

La falla que primero se advierte en las condiciones generales, por más llamativa y chocante, se refiere al consentimiento. Se consiente sobre lo conocido y entendido. Las condiciones generales, por su misma complejidad, no pueden ser entendidas por los clientes. Falta, por lo tanto, la base para que puedan formar parte del contenido del contrato (ver art. 1261, Cód. Civil español). (18) De un lado, se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otro, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpa-

ble por negligente que debe, por lo tanto, afrontar las consecuencias de su falta de diligencia. Dificultades que no se salvan con la cláusula de que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fue debidamente entendida y querida. (19)

Esto es, para que la prestación del consentimiento sea eficaz respecto del adherente es necesaria la debida comprensión de las cláusulas contractuales. (20)

Se ha dicho también que es abusiva y genera responsabilidad contractual la conducta del comitente en un contrato de agencia —en el caso, para la comercialización de telefonía celular— que, so pretexto de actualizar la relación contractual con uno de sus agentes, introdujo modificaciones perjudiciales para los intereses de este último —reducción de comisiones y cambios en la modalidad de comercialización que produjeron una drástica disminución de las operaciones—, prevaleciéndose de su situación de parte dominante, pues un elemental deber de buena fe y lealtad negocial impone que los riesgos generados por un nuevo desarrollo de mercado se distribuyan equitativamente entre las partes. (21)

También se ha sostenido que la libertad de contratación que beneficia a los profesionales liberales encuentra su límite en la función social que cumplen como prestadores de servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, si tales prestaciones parten de un acuerdo de voluntades a través de un contrato de adhesión y se cumplen bajo la faz de organización empresaria con fines mercantiles de lucro, la exigencia de la buena fe debida se torna de interpretación más rígida. (22)

En similar sentido ha expuesto el maestro Díez Picazo que «La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto que a la dignidad de la persona le es debido. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina "autonomía privada" o "autonomía de la voluntad". El contrato tiene, pues, su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad... La autonomía privada en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación... La libertad contractual no puede, obviamente, ser omnímoda... Existe, en primer lugar, un límite de la autonomía contractual privada que está constituido por las normas a las que el legislador dote de carácter imperativo...". (23)

En tal situación, la autonomía de las partes para pactar cláusulas en sus contratos tiene límites tangibles, legalmente establecidos. Uno de esos límites lo da el principio de la buena fe. Sólo los contratos que cumplen acabadamente con este principio puede ver mantenida la validez de sus cláusulas. En cambio, cuando se acredite la violación de este principio, la cláusula o las cláusulas que se demuestren violatorias de él serán anuladas. (24)

3.2. El principio que señala que "en caso de duda debe estarse a favor del contratante más débil"

En la interpretación de las cláusulas de los contratos de adhesión que resulten oscuras, contradictorias, incompletas, ambiguas o defectuosas, rige el principio "contra proferentem", es decir, contra el predisponente o contra el autor de las cláusulas uniformes de los módulos o formularios. (25) Es decir, constituye una aplicación del principio del "favor debitoris" —art. 218 inc. 7º, Cód. Civil—, como protección de la parte más débil (26) que encuentra su correlato en los arts. 3, 1ª parte, 2ª párr. y el art. 37, 2ª parte, 1º párr. LDC , en tanto señala que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor.

El principio de interpretación de "in ambiguis contra stipulatorem", se funda en la consideración de que quien formula las condiciones del contrato de adhesión tiene el deber de expresarse claramente, por lo que las oscuridades que se observan van a su cargo y se interpretan en su contra. Asimismo, las cláusulas que implican un abuso de la libertad contractual en desmedro de la contraparte se rigen por el principio "contra proferentem". (27)

En caso de duda respecto de cláusulas contractuales pre-dispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con él o contra el autor de las cláusulas uniformes, máxime si se trata de contratos de prestación médica, habida cuenta que se hallan en juego la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria. (28)

En los contratos que tienen condiciones generales debe otorgarse prevalencia a las cláusulas manuscritas sobre las impresas, a las condiciones particulares sobre las generales. (29)

Se ha dicho también que, en los "contratos-tipo", cuyas cláusulas aparecen impresas y por lo tanto impuestas a una de las partes, la interpretación se hace en contra de quien lo redactó, toda vez que el órgano jurisdiccional sólo debe estar al servicio de aquello que signifique el respeto a la buena fe que debe privar en la celebración de los contratos (art. 1198, Cód. Civil), a cuya noción se encuentra íntimamente vinculada la del abuso del derecho (art. 1071, Cód. cit.). (30)

En el mismo sentido, se señaló que cuando a un convenio que se halla impreso —en el caso boleto de compraventa— se le agregan cláusulas accesorias, debe acordarse preferencia a éstas en el supuesto de estar en contradicción con el modelo de contrato con el cual se instrumentó la operación, porque debe suponerse que los añadidos son la consecuencia de las tratativas previas al cierre de la operación, amoldándose a ellas el ejemplar de contrato impreso. (31)

3.3. Los efectos de las cláusulas que se deben tener por "no convenidas"

En lo que se refiere a la diferencia entre los contratos del derecho común y los de consumo (entendido éstos como una clase de contratos con cláusulas predispuestas), se puede decir que: a) éstos están expuestos a ser privados de su eficacia, circunstancia extraña, por no decir contraria a los de derecho común. Los primeros son más vulnerables que los segundos,

como consecuencia de una sobredosis de vínculos impuestos a la autonomía privada, que se corresponden con una sobredosis de posibles impugnaciones para los casos de inobservancia de esos mismos vínculos; b) al mismo tiempo, las especiales causales de invalidez que están previstas para los contratos de consumo resultan menos dramáticas e irreversibles, menos destructivas del vínculo contractual, pues normalmente no perjudican su existencia, sino sólo su contenido. (32) Cuando la invalidez afecta todo el contrato, casi siempre se presenta bajo la forma de nulidad relativa, invocable sólo por el consumidor. (33) En cambio, cuando afecta partes singulares del contrato, en principio, el resto del contrato preserva su validez.

El art. 37, LDC, —si bien sujeta a los contratos de consumo—, establece que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas tres tipos de cláusulas: a) las que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte y c) las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba. (34)

La LDC viene a resolver, sin embargo, una cuestión discutida en la doctrina extranjera, acerca de si la nulidad de una cláusula arrastra consigo la de todo el contrato. Y sostenemos ello, ya que la norma del art. 37 LDC establece el carácter de "no convenidas" sin perjuicio de la validez del contrato.

El Derecho español, por ejemplo, no ha repugnado nunca la figura de la nulidad parcial, como mutilación sanadora del contrato y ha aceptado como axioma del Derecho común

"utile per inutile non vitiatur". (35) Esta es la línea seguida por nuestra normativa.

El principio objetivo perseguido por la norma estriba en que la sanción aplicable a las condiciones abusivas no permita conseguir un resultado desventajoso ni perjudicial para el consumidor o contratante débil, en cuya defensa y protección se sancionan las cláusulas abusivas. (36)

La solución legal de privar de eficacia contractual a las cláusulas nulas y de mantener la vinculación de las partes, que se mantendría en vigor con las subsistentes responde a la norma de interpretación del art. 218, inc. 3) del Cód. de Comercio, que tiende a la conservación del contrato.

Por otra parte, se trata de reforzar la posición jurídica del consumidor o usuario en el contrato, de tal forma que el resto no se vea afectado por la nulidad de alguna de sus cláusulas. (37)

Sin embargo, en uno y otro caso, algunos autores han sostenido que el mayor auge de la contratación mediante condiciones generales se produce precisamente en aquellos sectores del tráfico mercantil en que apenas existe regulación legal positiva, con la consecuencia de que muchas veces se carecerá de normas legales imprescindibles para la integración y conservación del contrato en beneficio del consumidor. De ese modo, la ineficacia de la cláusula terminará por afectar a la eficacia del íntegro contrato en perjuicio del propio adherente, que se verá frustrado en su legítimo deseo de contratar. (38)

Otros autores han procurado construir una clasificación atendiendo a los efectos que estas cláusulas producen.

En primer lugar, la invalidez —sostienen— es entendida como subsistencia del contrato, considerándose algunas de sus cláusulas como "no puesta" o bien siendo aquélla limitada o reducida en su contenido; y ello, en base a una norma que dispone a tal efecto expresamente para una determinada relación contractual, en el caso de que el legislador ha estimado oportuno establecer. En estos casos, la nulidad parcial opera ex lege. Se puede señalar que se trata de una nulidad parcial por mandato de la ley en un supuesto determinado. (39) Es el caso de la primera parte del art. 37, LDC argentina.

Otras veces, el efecto de la ineficacia parcial no tiene lugar de una manera tan directa, pues no existe una norma que así lo establezca con carácter expreso. Sin embargo, es el respeto a la ley lo que se trata de imponer al declarar la subsistencia del contrato aun siendo nula cierta parte de él. Este segundo tipo, llamado por De Castro "nulidad parcial para evitar el fraude a la ley", se presenta cuando alguna cláusula del contrato vulnera una norma imperativa o prohibitiva, de especial significado social, que incide en la determinación del contenido de las prestaciones (vgr. la tasa de interés de un préstamo). Si, en estos supuestos, se declara nulo todo el contrato, ello tendrá deplorables consecuencias para una de las partes —el contratante débil—, pues, probablemente, no podrá conseguir de otro modo el resultado práctico perseguido (la concesión del préstamo). (40)

Finalmente, un tercer "tipo" aun no existiendo una norma jurídica que decrete la nulidad parcial, ni ley imperativa cuyas

disposiciones infringidas deban insertarse en el contrato, concurriendo determinados requisitos, un contrato puede ser declarado nulo parcialmente en atención a la voluntad de las partes, y con el fin de que sea posible la realización del interés práctico perseguido. En este caso, habrá que investigar si es posible mantener el negocio con vida en atención a la voluntad de las partes, para lo cual es menester la concurrencia de determinados requisitos: la divisibilidad del contenido del negocio y la voluntad de los contratantes dirigida a la conservación parcial del contrato. Es necesario que el negocio esté formado por estipulaciones que tengan cierta autonomía entre sí, o bien la cláusula inválida debe poder escindir en dos disposiciones distintas susceptibles, una de ser mantenida y la otra de ser eliminada.

Tanto si hay en el contrato cláusulas principales y secundarias, como si todas son principales aunque autónomas, es imprescindible investigar si los contratantes quieren, o mejor dicho, habrían querido celebrar el contrato sin la parte (accessoria o principal-independiente) nula. Este será el último y determinante presupuesto para declarar la que podríamos llamar "nulidad parcial voluntaria". (41)

La solución en nuestro Derecho vigente, a falta de norma específica, deberá buscarse en el art. 218, inc. 1), del Cód. de Comercio, en tanto ha de prevalecer la intención común de las partes, debiendo entenderse, en caso de duda, a favor de la validez del contrato (inc. 3, 1ª parte), en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad (inc. 3, 2ª parte).

4. Conclusiones

a) La figura del contrato de adhesión, a condiciones generales de contratación o con cláusulas predisuestas ha provocado un paradigma a partir del cual se ha dado mayor protección a la libertad de contratar de la parte más débil, procurando eliminar los efectos de su desequilibrio económico.

b) Nuestro Derecho vigente no reconoce otras normas de interpretación para estos contratos que las que derivan del derecho común (arts. 1198, Cód. Civil; 217/218 del Cód. de Comercio) y los arts. 3, 37 y 38 de la ley 24.240 (ref. ley 26.361). Las normas de defensa del consumidor constituyen un exiguo marco de regulación específica del contrato en análisis.

c) Además del principio rector de la buena fe y la interpretación contra proferentem, cobra importancia la figura de la cláusula que se entiende como "no convenida", la que se concibe como una verdadera amputación del contrato a favor de su conservación.

(1) MARTÍN PÉREZ, José A, "La Rescisión del Contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)", J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, pp. 31/32.

(2) MARTÍN PÉREZ, José A, "La Rescisión del Contrato", op. cit., p. 26.

(3) POLOTTO, Ernesto. "Sobre la interpretación de las cláusulas uniformes de contratación." Comentario a fallo in re "Mujica, Juan Carlos c. Caja Prendaria S.A., Juzgado Nacional

en lo Comercial n° 13 de la Capital Federal. 28-07-1980 en "Negocios o Contratos Empresariales. Contratos de (o "por") adhesión o con cláusulas predispuestas", Dr. Rafael Mariano Manóvil. Profesor. Universidad Austral. Facultad de Derecho. Programa Master en Derecho de la Empresa. 1987. Clases n° 3 y 4., p. 243.

(4) MARTÍN PÉREZ, José A, "La Rescisión del Contrato", op. cit., p. 29; Cfr. BARCELLONA, Pietro, "Diritto privato e processo economico", p. 224; BERCOVITZ, Alberto, "La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil", en Estudios jurídicos sobre protección de los Consumidores, Madrid, 1987, p. 37; GARCÍA-CRUCES, José Antonio, "Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al art. 10 Lgdcu", Rdbb, 1988, n 20, p. 260.

(5) ROPPO, Vincenzo, "El contrato del dos mil", Trad. Milagros Koteich, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 61/62.

(6) TOBIAS, José W. - Goldemberg, Isidoro H, "Abuso de Posición Dominante", en Los Vicios de la Voluntad, Serie IV —Instituto de Derecho Civil— n° 10, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 192.

(7) REZZONICO, Juan Carlos. "Contratos Con Cláusulas Predispuestas", Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 192; JOSSERAND, Louis, "Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques", en Etudes de droit civil à la memoire de Henri Capitant, p. 369, no 1.

(8) Vid. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Hacia la reconsideración de algunas ideas en materia de contratos" (Con referencia a las obligaciones contractuales fácticas, el tráfico de ventani-

llas y otros nuevos fenómenos paracontractuales"), Revista El Derecho t. 175, pp. 990 y ss.

(9) Cfr. Cám. Apels. Trelew, Sala A, 20/06/2008, "Hubert, M. N. c. M., J. R. s/Daños y Perjuicios", en La Ley online, suscripta por los Dres. Ferrari, Velázquez y Marcelo López Mesa.

(10) POLO, Eduardo, "Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos", Civitas S.A., Madrid, 1990, p. 30.

(11) JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil", T. II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones", Bosch y Cía, Buenos Aires, 1950, p. 177.

(12) Vgr., La Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios española del 19-07-1984.

(13) POLO, Eduardo, "Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos", Civitas S.A., Madrid, 1990, p. 90/91.

(14) CNCom., sala L, 28/05/1996, "Arenas, Enrique c. Centro Médico Santa Fe S.A.C. y otro," LA LEY, 1997-C, 550.

(15) POLO, Eduardo, "Protección del contratante...", op. cit., p. 106.

(16) ROPPO, Vincenzo, op. cit., p. 46.

(17) CNFed. Civ. y Com., sala II, 06/02/2003, "Locutel S.A. c. Telefónica de Argentina S.A", LA LEY, 2003-E, 652.

(18) Art. 1261, Cód. Civil español: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca". Nuestro Cód. Civil contempla al consentimiento (art. 1137), al objeto (art. 1169) y a la causa de las obligaciones (art. 499), por separado.

(19) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 59/60.

(20) POLO, Eduardo, op. cit., p. 102.

(21) CNCom., sala D, 11/09/2002, "To Talk S.A. c. Miniphone S.A", LA LEY, 2003-F, 1016.

(22) CNCivil, sala L, 28/05/1996 "Arenas, Enrique c. Centro Médico Santa Fe S.A.C. y otro", LA LEY, 1997-C, 550.

(23) DÍEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Cívitas, Madrid, 1996, 5ª ed., t. I, p. 128.

(24) Cfr. Cám. Apels. Trelew, Sala A, 20/06/2008, "Hubert, M. N. c. M., J. R. s/Daños y Perjuicios", en La Ley online, suscripta por los Dres. Ferrari, Velázquez y Marcelo López Mesa.

(25) CNCom., sala B, 16/05/2003, "M., S. E. c. Totalmédica S.A.". RCyS, 2004-671, AR/JUR/3879/2003.

(26) CNCom., sala B, 30/06/2003, "Randle, Julián c. El Comercio Cía. de Seguros a Prima fija", LA LEY, 2003-E, 447 y LA LEY, 2004-C, 739, con nota de Domingo M. López Saavedra; AR/JUR/1034/2003.

(27) CNCom., sala B, 28/04/1998, "Finvercon S.A. c. Pierro, Claudia A". LA LEY, 1998-C, 624 - DJ, 1998-2, 1220.

(28) CSJN, 16/04/2002, "Peña de Marquez Iraola, Jacoba María c. Asociación Civil Hospital Alemán", LA LEY, 2002-C, 630 y RCyS, 2003-282, con nota de Luis O. Andorno.

(29) CNCivil., sala E, 26/09/1996, "Arazi, David s. suc. c. Atri, Guillermo", LA LEY 1997-B, 782 - DJ, 1997-1, 1061.

(30) CNCivil., sala D, 05/12/1983, "Jersonsky, Mario c. Edificio Colonial 2, S. R. L.", AR/JUR/250/1983.

(31) CNCiv., sala G, 02/02/1983, "Chacabuco, Soc. en Com. por Accs. c. Roberti, Edgardo S", LA LEY, 1983-C, 116.

(32) Cfr. ROPO, Vincenzo, op. cit., pp. 37/38.

(33) vgr., art. 37, 3a parte LDC.

(34) MARIÑO LÓPEZ, Andrés. "El control del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo. Estudio comparado con la normativa comunitaria europea y del Mercosur y de las leyes argentina y brasileña". Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Año IV. N° II. La Ley, marzo-abril de 2002. p. 64.

(35) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", cit, p. 88.

(36) POLO, Eduardo, op. cit., p. 112.

(37) POLO, Eduardo, op. cit., p. 113.

(38) POLO, Eduardo, op. cit., pp. 115/116.

(39) LÓPEZ FRIAS, Ana María, "Clases de nulidad parcial en el Derecho español, en "Anuario de Derecho Civil", Madrid, n° 43, 1990, p. 854.

(40) LÓPEZ FRIAS, Ana María, op. cit. pp. 854/855.

(41) LÓPEZ FRIAS, Ana María, op. cit. pp. 862/863.

Algunos efectos de la nulidad parcial de los contratos

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://www.eldial.com/>

Publicado el 10/05/2011

Cita: elDial.com - DC15B4

[Consultado el: 25/11/2019]

Sumario

1. Planteo del problema. 2. Concepto de nulidad parcial.
2. 1. La “separabilidad” de las cláusulas. 2.2. El principio romanístico y la pandectas alemana. 3. El Código Civil argentino. 3.1. Nulidad parcial que se extiende a todo el contrato. 3.2. Nulidad parcial que mantiene subsistente a todo el contrato. 4. Cláusulas nulas que dejan subsistente el resto del contenido contractual. 5. Conclusiones

1. Planteo del problema

La presencia en un contrato de “partes nulas” no es un tema nuevo en el Derecho. Seguramente, la contratación “a condiciones generales” ha reeditado el tema.-

Algunos países de nuestro entorno cultural, como es el caso de España, no contempla en su ordenamiento jurídico-civil positivo precepto general alguno en materia de nulidad

parcial de los contratos. Otros, en cambio como es el caso del nuestro, lo prevé expresamente.-

No obstante, hoy por hoy, no hay duda de que, aun en aquellos en que no se la regula palmariamente, de numerosas disposiciones concretas puede llegarse a establecer un principio general favorable a la nulidad parcial. Ello, en el sentido de que no repugna al concepto de contrato el que éste se mantenga en parte y no en su totalidad, y a afirmar la regla general favorable a la presunción de nulidad parcial, salvo que la parte que alegue su nulidad total pruebe que sin el pacto o cláusula el negocio no puede cumplir el fin empírico perseguido. El reclamo del principio general de conservación del contrato da todavía más consistencia a estas afirmaciones [1].-

El Código Civil argentino, señala en su art. 1039, que “la nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.-

No obstante ello, ¿la nulidad parcial puede afectar a todo el contrato? ¿Qué efectos produce sobre el contrato su nulidad parcial?.-

Esos interrogantes constituyen el objeto del presente estudio.-

2. Concepto de nulidad parcial

Recogemos, por su claridad, el concepto que brinda DE LOS MOZOS, para quien nulidad parcial del contrato es la que no opera sobre todo el negocio, sino sobre una cláusula o elemento del mismo [2].-

Para GÓMEZ DE LA ESCALERA , la figura en análisis es un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato [3].-

2. 1. La “separabilidad” de las cláusulas.-

Si el contrato se compone de una serie de pactos, cláusulas o estipulaciones, y alguna o algunas de ellas son nulas, ¿es posible la amputación de esa parte anulada manteniendo la integridad del resto?

Como se adelantara más arriba, el art. 1039 clasifica a las nulidades en completas y parciales. Esta clasificación se vincula con los efectos de la nulidad [4].-

Ya desde antaño, los primeros comentaristas de nuestro Código Civil sostenían que los efectos de la nulidad pueden ser más o menos extensos, en el sentido de que unas veces afecta la totalidad del acto y otras veces sólo algunas cláusulas. La condición para que el acto jurídico pueda ser sólo parcialmente anulado, es que sus diversas disposiciones, o mejor di-

cho, los diversos actos de disposición que él encierra, sean separables. Por excepción, son indivisibles y deben considerarse inseparables, las diversas cláusulas de una transacción. Es el caso de lo dispuesto en el art. 834 del Cód. Civil, [5] cuando señala que “Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anule, deja sin efecto todo el acto de la transacción”. Fuera de los casos expresamente declarados como inseparables, o cuando por la naturaleza del acto o por la intención de las partes no se comprendiese esto mismo, en la duda deben considerarse separables [6].-

El punto referente a resolver si las diversas disposiciones deben considerarse como accesorias unas de otras es una cuestión de hecho, y se resolverá teniendo en cuenta la voluntad presunta de las partes [7].-

Ello así, pues cuando 1a cláusula, estipulación o pacto del contrato sea nulo por contravenir una ley imperativa, la regulación que ésta marque viene a sustituir a la querida por las partes, en aras de la conservación del negocio y del cumplimiento de la finalidad social de la ley, generalmente beneficiosa para un contratante.-

Esa sustitución operará tanto si la ley así lo dispone como si calla sobre este punto. De lo contrario, bastaría que un contratante la incumpliese pactando lo contrario a lo que ella dispone para tener en su mano la posibilidad de que se decretase la nulidad del contrato [8].-

Para determinar si la parte nula es separable de la válida debemos considerar si lo que queda válido tiene sentido propio y autónomo [9]

En síntesis, el negocio ha de estar formado por estipulaciones que tengan cierta autonomía entre sí, de manera que la nulidad de una de ellas no prive de virtualidad y eficacia a las otras, o bien la cláusula inválida debe poder escindir en dos disposiciones distintas susceptibles, una de ser mantenida y la otra de ser eliminada. Ello exige al mismo tiempo que tal nulidad no afecte a una cláusula imprescindible para la determinación de los elementos esenciales del contrato [10].-

Un claro ejemplo de lo expuesto es el del art. 1350, Cód. Civil que señala que la indeterminación del precio, deja sin efecto al contrato. Se trata (el precio) de un elemento esencial particular, inescindible por ende, y en consecuencia insusceptible de ser separado del resto del contrato.-

Algunos autores sostienen que el vínculo de subordinación entre las diferentes partes del contrato puede ser no sólo lógico y objetivo, sino también psicológico y subjetivo; es decir, puede resultar de la particular intención de las partes, pues en definitiva, los mismos conceptos de accesorio y principal son relativos [11].-

2.2. El principio romanístico y la pandectas alemana

La nulidad parcial del contrato responde al principio de la conservación de la voluntad negocial, y se halla inspirada en la regla romana *utile per inutile non vitiatur* [12], que significa

“lo válido no es viciado por lo inválido”. En estos casos juega la idea de la doble tipicidad del negocio [13], o de la multiplicidad de su contenido frente a la unidad de su instrumento, o finalmente la consideración de la independencia de sus diversos elementos o efectos [14].-

En cambio, en algunos Códigos modernos, la figura continúa los lineamientos del Pandectismo alemán, donde se aprecia un nuevo concepto de nulidad parcial que se aparta de la citada regla romana (Art. 139, BGB y Art. 1419, Cód. Civil italiano de 1942) [15].-

No obstante, se trata de dos soluciones distintas. Mientras que el párrafo del Código Civil alemán exige que quien alegue la nulidad parcial pruebe la voluntad de las partes en el sentido de la conservación del contrato, la norma del Código italiano presume la existencia de una intención en tal sentido, salvo que se demuestre lo contrario [16].-

Esta última concepción, dispone que la nulidad parcial de un negocio o la nulidad de cualquiera de sus cláusulas, supone la nulidad total del mismo cuando resulte que los contratantes no lo hubieran efectuado sin aquella parte de su contenido que resulte viciada. Se trata aquí, pues, de valorar la voluntad contraria de las partes a que se produzca solamente la nulidad parcial, lo mismo que sucede con la conversión [17].-

3. El Código Civil argentino

3.1. Nulidad parcial que se extiende a todo el contrato

Como quedara expresado, nuestro Código Civil recepta el principio romano en el apuntado art. 1039.-

No obstante, por vía de excepción el art. 526, al consagrar el principio de la accesoriedad establece una manda contraria: “Si las cláusulas accesorias de una obligación fueren cláusulas imposibles, con apariencias de condiciones suspensivas, o fueren prohibidas, su nulidad hace de ningún valor la obligación principal”. Lo mismo sucede con el Art. 530, cuando señala que “La condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, deja sin efecto a la obligación. En el mismo sentido, el art. 564 haciendo una aplicación del principio general del art. 526, establece que si el hecho que constituye el cargo es imposible, ilícito o inmoral, la nulidad que ello implica se comunica a todo el acto, y consiguientemente a la adquisición del derecho principal. Esta solución se justifica, señala LLAMBÍAS, porque resultando el cargo de un acto jurídico único, el vicio del cargo contamina originariamente a todo el acto, y por consiguiente al derecho principal que proviene de ese acto [18].-

3.2. Nulidad parcial que mantiene subsistente a todo el contrato

Dentro de las clasificaciones de la nulidad parcial ofrecidas por los autores, es clásica la posición de DE CASTRO pa-

ra quien cabe distinguir tres supuestos bien diferenciados de la nulidad parcial: a) la nulidad parcial por mandato de la ley; b) la nulidad parcial conforme a la interpretación del negocio y c) la nulidad parcial para evitar el fraude de la ley.-

En la primera de las parcelas, la invalidez parcial es entendida como subsistencia del contrato, considerándose algunas de sus cláusulas como “no puestas”, o bien siendo aquélla limitada o reducida en su contenido; y ello en base a una norma que dispone a tal efecto expresamente para una determinada relación contractual, en el caso que el legislador ha estimado establecer. En estos casos la nulidad parcial opera ex lege, por lo que en principio, su fundamento jurídico no plantea problema alguno.-

En la segunda de ellas, y aun cuando no exista una norma jurídica que decrete la nulidad parcial, ni leyes imperativas cuyas disposiciones infringidas deban insertarse en el contrato, el Derecho admite que, concurriendo determinados requisitos, un contrato puede ser parcialmente nulo en atención a la voluntad de las partes, y con el fin de que sea posible la realización del intento práctico perseguido por ellas.-

No obstante, la doctrina más reciente suele distinguir entre nulidad parcial, en atención a la voluntad de las partes, cuando la conservación del contenido del contrato no afectado por la nulidad se hace depender de que el intento práctico del contrato no quede frustrado por la ineficacia de la cláusula ilegal, y una nulidad parcial que actúa incluso contra la voluntad de los contratantes y que opera en los casos de sustitución ope legis de la cláusula nula por el contenido de la norma imperativa infringida [19].-

Otros autores, como GÓMEZ DE LA ESCALERA, sostienen que el fenómeno de la nulidad parcial se nutre de dos conceptos inescindibles: la ineficacia o nulidad de una parte de la reglamentación contractual y la validez o conservación de la eficacia del resto del contenido del contrato, una vez eliminada o amputada la parte nula [20].-

Y en esa línea de ideas, para el citado autor, el criterio decisivo para dilucidar el juicio de nulidad parcial será aquel en el que sólo el examen y la valoración de la finalidad y ratio de la norma imperativa cuya transgresión origina la nulidad de la cláusula ilegal, proporcionará las claves necesarias para determinar si la nulidad se circunscribe y afectará sólo a la cláusula ilegal (nulidad parcial) o, por el contrario, traerá consigo la nulidad de todo el contrato (nulidad total). Por tal razón, es preciso distinguir dos tipos o clases bien diferenciadas de nulidad parcial, según que la norma imperativa de la que deriva la nulidad de la cláusula ilegal imponga forzosamente el mantenimiento o conservación del contrato, como forma más adecuada de conseguir la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico al establecer la norma que resultó transgredida (nulidad parcial imperativa) o que el interés pretendido por la norma que impone la nulidad de la cláusula ilegal se satisfaga simplemente con la invalidez o ineficacia del pacto o regla de la autonomía privada que rebasó los límites legales, pero sin que ello prejuzgue la ineficacia del resto del contenido (nulidad parcial simplemente conservadora de la validez del contrato) [21].-

En definitiva, siguiendo el curso del pensamiento de los autores mencionados, podemos señalar que la nulidad parcial

no necesariamente sanciona el pacto o cláusula en cuestión con su eliminación. Esto es, puede producir efectos excluyentes, dejando subsistente el resto del contenido contractual o bien, anulando la porción del pacto que excede los topes establecidos por la ley, ajustándolo a los límites por ella impuestos.-

3.3. Cláusulas nulas que dejan subsistente el resto del contenido contractual

El primero de los supuestos, denominado por GÓMEZ DE LA ESCALERA “nulidad parcial eliminadora”, posee simples efectos amputadores o excluyentes del pacto ilegal. Existe, cuando la nulidad se limita a producir la invalidez del pacto prohibido, excluyéndolo del contenido contractual que permanece válido [22].-

En nuestro Código Civil, el art. 663, dispone que “La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal”.-

Por su parte, el art. 1364, señala que “Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendidas a persona alguna; mas no a una persona determinada”.-

El art. 1542, dispone que “Autorizándose mejoras que el locatario no tiene derecho para hacer sin autorización expresa, deben designarse expresamente cuáles sean. Autorizándose mejoras que el locador se obliga a pagar, debe designarse debe designarse el maximun que el locatario puede gastar, y los al-

quileres o rentas que deban aplicarse a ese objeto. No observándose las disposiciones anteriores, la autorización se reputará no escrita, si fue estipulada en el contrato., y será nula si fue estipulada por separado”.-

También la encontramos en el art. 1653, en materia de contrato de sociedad civil: “ Serán nulas las estipulaciones siguientes: 1. Que ninguno de los socios pueda renunciar a la sociedad, o ser excluido de ella, aunque haya justa causa; 2. Que cualquiera de los socios pueda retirar lo que tuviese en la sociedad, cuando quisiera; 3. Que al socio o socios capitalistas se les ha de restituir sus partes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; 4. Asegurar al socio capitalista, su capital o las ganancias eventuales; 5. Estipular a favor del socio industrial una retribución fija por su trabajo, haya o no ganancias”.-

El art. 1842 establece que “La reversión condicional no puede ser estipulada sino en provecho sólo del donante. Si se hubiere estipulado copulativamente en provecho del donante y sus herederos, o de un tercero, la cláusula será reputada no escrita respecto a estos últimos”.-

A su vez, el art. 2099, señala que: “Es nula toda convención que libre al enajenante de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya”.-

3.2. Cláusulas nulas que exceden los topes impuestos por la ley

Siguiendo la clasificación del autor mencionado, en los casos de “nulidad parcial reductora”, la norma que impone la nulidad sanciona la ineficacia o invalidez del pacto sólo en la medida en que el precepto de autonomía privada excede o sobrepasa los topes, cuantías o plazos legales. En este caso, la nulidad de la cláusula ilegal no crea propiamente un vacío o laguna en la reglamentación contractual, sino que reduce el contenido de la cláusula o pacto a cuantías o límites legales, por lo que el pacto no es eliminado del contenido, sino meramente reducido a los topes legales [23].-

Podemos encontrar estas disposiciones en el art. 1505 del Cód. Civil, al establecer que “El contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo que diez años. El que se hiciere por mayor tiempo quedará concluido a los diez años”.-

La ley de Locaciones Urbanas, 23091, en su art. 2) por su parte, señala que “...el plazo mínimo de las locaciones con destino a vivienda, con o sin muebles, será de dos años. Dicho plazo mínimo será de tres años para los restantes destinos. Los contratos que se celebren por términos menores serán considerados como formulados por los plazos mínimos precedentemente fijados...”

En nuestro Código Civil encontramos algunos ejemplos. Así, el art. 1995 señala que “El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal; pero puede por garantía de su obligación constituir toda clase de seguridades. Si se hubiese obligado a más, se reducirá su obligación a los lími-

tes de la del deudor. En caso de duda, si se obligó por menos, o por otro tanto de la obligación principal, entiéndase que se obligó por otro tanto”.-

Por su parte, el art. 2828, señala que “El usufructo no puede ser establecido a favor de personas jurídicas por más de veinte años”.-

La ley 24.441, establece en su Art. 4), inc. c. , al establecer el contenido del contrato de fideicomiso, la necesidad de contar con “el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”.-

Por lo que surge de los ejemplos brindados, es evidente que los supuestos de nulidad parcial que elimina y de nulidad parcial que ajusta a los términos legales, son de aplicación en contratos discrecionales o cuya negociación se plantea en términos de “igual a igual”, conforme el principio de autonomía privada del art. 1197 del Cód. Civil.-

4. Cláusulas nulas que ceden frente a la norma imperativa

Existen supuestos en los que el efecto de la ineficacia parcial no tiene lugar de una manera tan directa, pues no existe una norma que así lo establezca con carácter expreso. Sin embargo, es el respeto a la ley lo que se trata de imponer al declarar la subsistencia del contrato aun siendo nula cierta

parte de él. Esta situación se plantea cuando alguna cláusula del contrato vulnera una norma imperativa o prohibitiva, de especial significado social, que incide en la determinación del contenido de las prestaciones [24].-

En tales casos, lo característico es que la sanción de la norma infringida no se agota con la eliminación o amputación de la cláusula o pacto ilegal, sustituyendo *ope legis* el contenido de la cláusula prohibida por el contenido predispuesto imperativamente por el legislador, como técnica o instrumento normativo más adecuado para alcanzar la finalidad protectora o social perseguida por la norma imperativa-sustitutoria [25].-

Se caracterizan por tres notas: su heteronimia, su finalidad social o protectora y su carácter necesario. La primera de ellas, se debe a que dichas normas dotan al contrato de una reglamentación que resulta ajena a la autonomía privada, por lo que puede decirse que establecen una regulación heterónoma del contenido contractual. La segunda, que constituye su nota característica, se manifiesta en una regulación equilibrada y justa del contrato que trata de proteger y salvaguardar los intereses del contratante más débil. Su carácter necesario se debe a que dichas normas se convierten en inmunes a los actos de la autonomía privada que traten de contradecirlas [26].-

Es el caso del art. 37 de la ley 24.240 (ref. ley 26.361), que reza: “ Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la

inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.-

La norma se justifica fácilmente en el plano de la ratio política. La sustitución de la norma imperativa a la cláusula no conforme subyace al interés general, y es este mismo interés que exige el mantenimiento del contrato [27].-

La circunstancia de que la norma señale que la cláusula se tendrá por no convenida, no quiere decir que sólo se trate de su ineficacia, sino que la nulidad de las cláusulas ilícitas no afectará el resto del contrato [28].-

Esta nulidad parcial no tiene un simple efecto amputador o excluyente del pacto nulo ni reductor de su alcance, como hemos referido. Por el contrario, la nulidad parcial que desencadenan las de estas características se caracteriza por producir un doble efecto: la invalidez y eliminación de la parte de la reglamentación contractual contraria o incompatible con la regulación legal y su sustitución por el contenido imperativamente establecido en la norma imperativa-sustitutoria infringida. Estas normas establecen una regulación del contenido contractual que tiene carácter necesario, lo que

las convierte en inmunes a los actos de autonomía privada que traten de contradecirlas [29].-

5. Conclusiones

a. Nuestro país, a diferencia de otros de nuestro entorno cultural – como es el caso de España – contiene normas que permiten la nulidad parcial del contrato, siempre que sus cláusulas sean separables.-

No obstante, de ese principio general se siguen excepciones que indican que, una cláusula nula puede comprender la nulidad de la totalidad del contrato.-

b. Por su parte, en sintonía con el principio general del art. 1039 del Cód. Civil, ha de concluirse que la nulidad parcial no siempre produce los mismos efectos: pueden ser eliminadores de la cláusula nula, dejando subsistente el resto del contrato o pueden establecer límites, adecuando la cláusula afectada a disposiciones que expresamente la ley establezca.-

c. Finalmente, cuando exista razón de interés social, el contrato podrá ser objeto de integración. Se trata de normas que producen el efecto de la invalidez y eliminación de la parte de la reglamentación contradictoria y su sustitución por el contenido de la disposición legal imperativa.-

El principio objetivo perseguido por la norma, tal como sucede en otras legislaciones, estriba en que la sanción aplicable a las condiciones abusivas no permita conseguir un resultado desventajoso ni perjudicial para el consumidor o

contratante débil, en cuya defensa y protección se sancionan las cláusulas abusivas[30].-

[1] DIEZ PICAZO, Luis- GULLON, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Vol. II, 6a ed., 2a reimp. Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 115/116.

[2] DE LOS MOZOS, José Luis. “El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)”, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1987, p. 591.

[3] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, Actualidad Editorial S.A, Madrid, 1995, p. 47.

[4] SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte general”, 10a ed. Actualizada por Victor N. Romero del Prado, T. II, Ed. TEA, Bs. As., 1954, p. 710.

[5] SALVAT, Raymundo. Op. cit., p. 743.

[6] LLERENA, Baldomero. “Concordancias y Comentarios del Código civil Argentino”, 2a ed, T. IV, Ed. Peuser, Bs. As., 1900, p. 93.

[7] MACHADO, José O. “Exposición y Comentario al Código Civil Argentino”, T. III, Ed. Félix Lajouane, Bs.As., 1899, p. 312. SALVAT, Raymundo, op. cit. p. 743.

[8] DIEZ PICAZO, Luis- GULLON, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, op. cit. p. 115/116.

[9] ALFARO AGUILERA REAL, Condiciones Generales de la Contratación”, Madrid, 1991, p. 348. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Lecciones de Derecho de las Obligaciones – Doctrina General del Contrato – Sus efectos”, T. III, Vol. II, Ed. Del Foro SRL, Montevideo, 1999, p. 326.

[10] LÓPEZ FRÍAS, Ana M. “Clases de Nulidad parcial del Contrato en el derecho español”, Rev. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1990, p. 861.

[11] BETTI, E., “Teoría general del negocio jurídico”, Ed. EDERSA, Madrid, 1958, p. 361. DELGADO ECHEVARRÍA, J, “De la nulidad de los Contratos”, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales de EDERSA, DIRIGIDOS POR albaladejo, T. XVII, Vol. II, Madrid, 1981, p. 287. LÓPEZ FRÍAS, Ana M. “Clases de Nulidad...”, cit, p. 862.

[12] DE LOS MOZOS, José Luis. “El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)”, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1987, p. 591.

[13] CARIOTA FERRARA, “El negocio jurídico”, p. 236.

[14] DE LOS MOZOS, José Luis. “El negocio”, op. cit., p. 592.

[15] Art. 139, BGB alemán: Si una parte del negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula. .Art. 1419, 1 del Cód. Civil italiano 1942, “La nulidad parcial de un de un contrato o la nulidad de singulares cláusulas (del mismo) importa la nulidad del entero contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían concluido sin aquella parte de su contenido que está afectada por la nulidad.”

[16] LÓPEZ FRÍAS, Ana M. “Clases de Nulidad parcial del Contrato en el derecho español”, op. cit., p. 863/864.

[17] DE LOS MOZOS, José Luis. “El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)”, op. cit., p. 593.

[18] LLAMBIAS, “Manual de Derecho Civil - Obligaciones”, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 13a. ed., p. 228.

[19] GORDILLO CAÑAS, “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal”, ADC, 1975, p. 184; DELGADO ECHEVERRÍA, “Elementos de Derecho Civil”, T. II, de La Cruz, 2a ed. 1987, p. 373/376. GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, op. cit., p. 101.

[20] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, op. cit., p. 101.

[21] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, op. cit., p. 102

[22] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contratos”, op. cit. p. 104.

[23] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, op. cit., p. 104/105.

[24] LÓPEZ FRÍAS, Ana M. “Clases de Nulidad parcial del Contrato en el derecho español”, op. cit, p. 854/855.

[25] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, op. cit., p. 104/105

[26] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, op. cit., p. 92/98.

[27] ROPPO, Vincenzo. “El Contrato”, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 796.

[28] POLO, Eduardo, “Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos”, Ed. Civitas S.A, Madrid, 1990, p. 115.

[29] GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, op. cit. p. 97/98.

[30] POLO, Eduardo, “Protección...”, op. cit., p. 112.

Los sistemas de indemnización en el Código Civil argentino: el mito de la reparación integral y la indemnización tarifada

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://www.eldial.com/>

Publicado el 17/05/2011

Cita: elDial.com - DC15BB

[Consultado el: 25/11/2019]

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RCyS 2012-I, 3

Cita La Ley online: AR/DOC/6324/2011

[Consultado el: 25/11/2019]

Sumario

1. Planteo del problema. 2. El principio de la reparación integral o plena en el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. 2.1. Los límites de la reparación integral en la responsabilidad civil. 2.1.2. La relación de causalidad adecuada como límite de la reparación plena o integral. 2.1.3. La cuantificación del daño como límite de la reparación plena o integral. 3. Las indemnizaciones tarifadas del Código Civil. 4. Conclusiones.

1. Planteo del problema

En materia de indemnizaciones, nuestro ordenamiento jurídico-civil fija límites que no pueden ser rebasados. Para ello ha estatuido dos órbitas del resarcimiento: una, a título de responsabilidad civil, a través de los arts. 519 a 522, en materia contractual, y otra por conducto de los arts. 1109 y ss.-

A su vez, por fuera del sistema de responsabilidad civil, ha contemplado compensaciones, a modo de indemnización tarifada, que la ley reconoce expresamente, al considerar que ciertos intereses son dignos de prevalecer, por lo que la norma autoriza el resarcimiento del daño, pero le pone precio.-

De ello resulta que todo lo referente a la responsabilidad civil contractual no está regulado por el régimen jurídico de los arts. 1109 y ss. (correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual), sino por el régimen propio de los arts. 519 a 522 del Cód. Civil, salvo que dicho incumplimiento derive en delitos del derecho criminal. Surge claramente del art. 1107, cuando dispone que: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, sino degenera en delitos del derecho criminal”.-

A su vez dentro de la responsabilidad contractual se distinguen dos variantes. Por una parte un régimen relativo a los daños e intereses derivados del incumplimiento de obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero (arts.519 a 522) –u obligaciones no dinerarias- el cual resulta de aplicación general para todo tipo de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.-

Por otra parte existe una regulación específica para el supuesto de incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero u obligaciones dinerarias (arts. 616 a 624) [2].-

Desde estas perspectivas analizaremos, por un lado, los límites del sistema de indemnización estatuido por el Código a título de responsabilidad civil y por el otro, los supuestos en que el ordenamiento, lejos de aplicar el principio, fija una indemnización tarifada para supuestos de daños que no son antijurídicos.-

Fuera de estas parcelas y de los límites que la misma ley impone, ninguna otra indemnización es reconocida en nuestro Código Civil.-

2. El principio de la reparación integral o plena en el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extra-contractual

Este principio ha sido frecuentemente mencionado por la jurisprudencia y la doctrina, y hoy se sostiene su vigencia como uno de los principales axiomas del derecho de daños y del derecho privado patrimonial, abordado desde distintos puntos de vista.-

El concepto se estructura a partir del menoscabo o daño sufrido por la víctima, con el objeto de resarcirla en su totalidad. Para que la reparación sea “integral” o “plena”; esto es, no deben quedar daños sin reparar [3].-

Esos conceptos han sido delineados por lo que se considera se encuentran implícitamente consagrados en los arts. 1068 (que dispone cuándo habrá daño), 1069 (cuando dispone sobre las parcelas del daño), 1077 (cuando establece que todo delito hace nacer la obligación de reparar el daño causado), 1079 (cuando refiere quiénes son las personas con derecho a reclamar el daño causado derivado de un delito), 1082 (cuando trata sobre la improcedencia de reclamar la indemnización pagada a los demás causantes del daño). Se advierte más claramente en el art. 1083 aplicable a supuestos de responsabilidad civil extracontractual, el que señala que el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de cosas a “su estado anterior”.-

También la jurisprudencia y la doctrina han señalado que “se debe reponer o restablecer las cosas a su estado anterior”, o “debe repararse todo el daño, pero no más allá del daño” [4].-

2.1. Los límites de la reparación integral en la responsabilidad civil

2.1.2. La relación de causalidad adecuada como límite de la reparación plena o integral

El principio fundamental que gobierna esta materia, por consiguiente, pareciera ser aquel que señala “que el responsable debe indemnizar todo el daño que ha ocasionado con su acto”.-

Mientras algunos autores enseñan que la medida de la responsabilidad está dada por la relación de causalidad [5], otros sostienen que es la culpabilidad la que fija el límite o extensión de la responsabilidad.-

Esta última afirmación se explica en cuanto a que, en materia de causalidad, la teoría de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones, el autor de un acto es autor también de todas las consecuencias que derivan de él, por muy lejanas y fortuitas que fueran. De tal modo que deben buscar en otro factor el límite a esa cadena sin solución de continuidad y entonces lo ubican en la culpabilidad.-

Pero sucede que nuestro ordenamiento jurídico civil reconoce la doctrina de la relación de causalidad adecuada, según la cual, la relación de causalidad se establece por la normalidad del efecto con relación al acto, esto es, por la previsibilidad de las consecuencias: éstas se estiman “causadas” por el agente, cuando, en tanto que normales “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901), eran previsibles. Esta previsibilidad no se juzga en concreto, atendiendo al agente mismo —punto de vista que es propio de la culpabilidad—, sino en abstracto, es decir, con respecto a la generalidad de los sujetos.-

De acuerdo con este criterio, por consiguiente, el autor de un acto ilícito responde de todas las consecuencias que eran previsibles, en general, (esto es, normales u ordinarias), las haya él o no previsto realmente y aunque no haya podido preverlas en concreto. Caen dentro de este cartabón todos los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva que no tengan previsto un régimen distinto por normas especiales [6].-

De allí la importancia de distinguir entre la previsibilidad propia de la relación de causalidad con la previsibilidad que se exige para la culpabilidad. La primera de ellas se juzga en abstracto; además atiende a la normalidad de las consecuencias en sí mismas según la experiencia de la vida. La segunda, se juzga en concreto; mira lo que era previsible para un individuo en concreto, de acuerdo con sus aptitudes y conocimientos personales [7]. Sin embargo, el factor subjetivo de atribución puede, en ciertos casos, determinar una mayor extensión de la reparación: es lo que sucede en el caso del dolo (arg. arts. 521 y 905, Cód. Civil) [8].-

En definitiva, el principio de reparación integral quiere decir, para quienes lo sostienen, que el responsable debe indemnizar todo el daño que ha causado con su acto (arts. 1068, 1079, 1083); y esto de causado es asunto de causalidad, no de culpabilidad, como resulta de la palabra misma [9].-

En razón de lo que hemos expuesto, el principio de reparación integral significa, ya no lo que literalmente podría entenderse, sino de un modo más estricto y preciso: la responsabilidad se extiende a todo el daño que se halla en relación causal adecuada con el acto ilícito, pero no más allá de él [10].-

Sentado ello, reconocemos un primer límite que nos demuestra que la consabida reparación no es tan plena ni integral. Ese límite es el de la imputación de las consecuencias. -

Los arts. 901 y ss. del Cód. Civil, que siguen al Código de Prusia, distinguen tres clases de consecuencias: inmediatas, mediatas y remotas. Para algunos autores esta diferencia res-

ponde al exceso de pedagogía del Código y pueden resumirse en la distinción entre las consecuencias inmediatas o daño previsible o las consecuencias mediatas, o daño imprevisible.-

En resumidas cuentas, siguiendo la clasificación tradicional expuesta por LLAMBÍAS, del Cód. Civil argentino surgen distintas medidas o extensiones del resarcimiento, a saber: a) responsabilidad contractual culposa: consecuencias inmediatas y necesarias de la inejecución de la obligación; b) responsabilidad contractual dolosa: consecuencias inmediatas y mediatas que reconocen su causa fuente en el incumplimiento doloso del deudor; c) responsabilidad extracontractual culposa: daños que sean consecuencias inmediatas y mediatas del cuasidelito del agente; d) responsabilidad extracontractual dolosa: daños que sean consecuencias inmediatas, mediatas y casuales que hayan sido previstas por el autor del delito civil.-

A su vez, el Código Civil define a las consecuencias inmediatas, como aquéllas que derivan de un hecho que acostumbra suceder, según el curso “natural y ordinario de las cosas”; a las mediatas, como aquéllas que resultan “solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto; las casuales, como aquéllas que no pueden preverse y las remotas, como aquéllas que no guardan un nexo adecuado de causalidad.-

Tales conceptos tienen el mismo significado en el campo contractual que en el extracontractual y nos permiten señalar que este límite indica que no todo el daño padecido es resarcible, ya que, con alguna salvedad, las consecuencias mediatas no se reparan [11]. Menos son reparables las casuales ni las remotas.-

No obstante, la diferencia entre uno y otro sistema radica en que, en el de la responsabilidad civil extracontractual, el deudor responde de las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 903 y 904). En cambio, en la parcela contractual, el deudor responde de las consecuencias inmediatas y necesarias, cuando hubiera culpa (art. 520) y de las mediatas (cuando hubiera dolo).-

De tal suerte que puede señalarse que en materia contractual, el deudor responde únicamente del daño que fue previsto o se pudo prever en el momento del contrato; pero si medió dolo, responde también del daño imprevisible derivado de la inejecución de dicho contrato.-

La mayor parte de la doctrina sostiene que el art. 520, al hablar de “consecuencias inmediatas y necesarias”, se consagró el principio de la ley romana, por medio de la cual el deudor simplemente culpable responde sólo de los daños intrínsecos (“circa rem”), es decir de los experimentados por el acreedor en la cosa objeto de la obligación, mientras que el doloso (art. 521) responde de ellos, y además, de los extrínsecos (“extra rem”) es decir, de los sufridos en su otros bienes.-

La explicación que algunos autores clásicos como POTHIER ensayan en cuanto al porqué de esta distinción, radica en la voluntad de las partes al momento de contratar: se supone que éstos, en el momento de realizar el contrato han previsto las consecuencias que podría acarrearles el incumplimiento de sus obligaciones, y de aquí se deriva que ellos no deban responder más que de lo que previeron o pudieron prever [12].-

De lo cual resulta que, cuando el mero nexo de causalidad material encuadra o es captado por las categorías legales enunciadas, habrá pasado a ser materialidad jurídica o causalidad “jurídicamente relevante”, es decir alguna de las variantes de causalidad que la ley toma en cuenta en la teoría de la reparación civil [13].-

Pero en el ámbito de la responsabilidad contractual, la extensión del resarcimiento se “reduce” sólo a las consecuencias inmediatas y necesarias de la falta de cumplimiento de la obligación” [14].-

Por tal razón quedan prima facie excluidos rubros resarcitorios, en caso de incumplimiento culposo en virtud del art. 520, como el lucro cesante y la pérdida de chance [15].-

2.1.3. La cuantificación del daño como límite de la reparación plena o integral

Una cosa es determinar la existencia del daño y hasta dónde se extiende la obligación resarcitoria, y otra, diferente, es medir ese daño, con miras a traducirlo en una indemnización. Se trata de dos operaciones distintas, a las que se ha asociado frecuentemente este principio de la reparación plena o integral, aunque a veces sin tener en cuenta aquella necesaria distinción [16].-

En efecto, una vez determinados cuáles son los daños que el sistema considera resarcibles, el principio de la reparación plena o integral suele ser invocado, ya de manera más

precisa y rigurosa, como la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación[17].-

Un postulado que sostiene esta opinión, afirma que el mentado principio de la reparación integral conduce, esencialmente, a la aplicación de 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 sufrido [18].-

Visto desde ese ángulo, también puede colegirse que al momento de cuantificar, también el juez se encuentra constreñido a ciertas pautas, de donde podemos extraer el segundo límite a la llamada reparación integral o plena.-

Si bien es cierto que, como señala ZAVALA DE GONZÁLEZ, hasta ahora rige una completa discrecionalidad judicial, sin parámetros comunes de ninguna naturaleza [19], no es menos cierto que existen principios generales que deben aplicarse a los supuestos bajo juzgamiento, y que tal discrecionalidad es relativa [20].-

En primer lugar, el juez debe fundamentar la cuantificación. Tanto la Corte Suprema Nacional como el Superior Tribunal bonaerense han señalado en sendos casos que una sentencia que no funda el monto resarcitorio es descalificable como acto jurisdiccional válido, o dicho en otras palabras, incurre en absurdo al no suministrar los elementos necesarios para arribar a una suma dineraria y no a otra [21].-

En segundo lugar, el juez no puede otorgar indemnización por cualquier rubro que le parezca, ya que el Código Civil, siguiendo al francés, señala que existen sólo dos anaqueles de daño resarcible: el daño patrimonial y el extrapatrimonial o moral. No cabe admitir terceros géneros indemnizables en el seno del Código Civil [22].-

En tercer lugar, el Juez deberá, para la cuantificación del daño resarcible, hacerlo al momento del dictado de la sentencia, lo que le permitirá tener en cuenta todas las variaciones del daño anteriores a la sentencia [23].-

Dicho lo cual, poco queda de reparación integral, pues también desde el prisma de la cuantificación, existen limitaciones, por lo que preferimos el principio de la reparación justa, tal como señalara el fallo Aquino de nuestra Corte Suprema, en clara alusión a un voto de la Dra. ARGÚAS, pues si la indemnización no es justa, no es constitucional. Contraría el principio de su art.19, que prohíbe a los hombres perjudicar a un tercero, sea desde la norma abierta de “no dañar a otro” (art. 1109) o desde la inejecución de una obligación previamente pactada (art. 505).-

3. Las indemnizaciones tarifadas del Código Civil

El daño entendido en sentido jurídico, no se agota en el daño antijurídico o injusto, que genera a cargo del agente la obligación de resarcir y que se cualifica por ser causado mediante la transgresión de un vínculo jurídico. Este es sólo una especie compleja de aquél. Los hechos lícitos dañosos (o daño justo) se cualifican por generar a cargo del agente una obliga-

ción diversa a la resarcitoria [24]. Son supuestos expresamente contemplados por la ley.-

Un análisis detenido de nuestro ordenamiento jurídico revela casos, que si bien excepcionales, el daño no antijurídico adquiere relevancia jurídica. Sucede en estos supuestos en los que el ordenamiento admite la producción del daño. Sucede en estos supuestos, que el derecho considera ciertos intereses dignos de prevalecer, preocupándose a la vez de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado, de forma tal que se autoriza el daño, pero se le pone precio[25].-

Cuando el ordenamiento considera injusto que el daño sea soportado exclusivamente por la víctima, le concede el derecho a una indemnización que debe pagar el autor como precio del ejercicio de su derecho, y no como sanción, esto es, no a título de responsabilidad civil, y por lo tanto, sin sujeción a su régimen jurídico. Ello, siempre y cuando la ley disponga específica, explícita e inequívocamente, a título excepcional, una compensación económica al empobrecimiento experimentado por la víctima del daño.-

Diversos ejemplos podemos extraer del Código Civil argentino en materia de responsabilidad civil contractual, a saber:

a) La señal en los contratos bilaterales, contemplada en el art. 1202, que dispone: que si se hubiere dado señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la

señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor.-

b) En el contrato de locación de cosas: el art. 1519, cuando el locador se dispusiese a hacer las reparaciones que son a su cargo, y ellas interrumpiesen el uso o goce estipulado, en todo o en parte, o fuesen muy incómodas al locatario, podrá éste último exigir, según las circunstancias del caso la cesación del arrendamiento o una baja proporcional del precio locativo, por el tiempo que duren las reparaciones. A tal punto que si el locador no conviniera alguna de tales opciones, podrá el locatario restituir la cosa locada, disolviéndose el contrato; el art. 1520, en igual sentido, establece que el locatario tendrá los mismos derechos del artículo anterior, cuando el locador fuera obligado a tolerar el trabajo de un vecino en las paredes divisorias i hacer éstas de nuevo, inutilizando por algún tiempo parte de la cosa arrendada. En ambos casos, el precio de la compensación está dado por la baja en el precio del canon locativo, que constituye una de las opciones. La ley 23.091 de locaciones urbanas, señala en su art. 8 que el locatario podrá, transcurridos los seis primeros meses de vigencia de la relación locativa, resolver la contratación, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador con una antelación mínima de sesenta días de la fecha en que reintegrará lo arrendado. El locatario, de hacer uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, deberá abonar al locador en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar la vivienda y la de un solo mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso.-

c) En el contrato de locación de obra. El art. 1638, establece que el dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Sin embargo, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujere a una notoria injusticia.-

Por su parte, señala el art. 1640 que el contrato se resuelve también por fallecimiento del empresario; pero no por fallecimiento del locatario. Este debe pagar a los herederos de aquél, en proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, si éstos fuesen útiles a la obra.-

También el Código Civil plantea supuestos en la órbita de la responsabilidad civil extracontractual, los que a modo de ejemplos podemos señalar:

a) En el caso de servidumbres legales, el art. 3082, manda que toda heredad esté sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo o a favor de un pueblo que las necesite para sus habitantes, o a favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una “justa indemnización”. A su vez, el art. 3085 señala que el dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuera ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada costado y de un diez por ciento sobre el valor del terreno. En igual sentido legisla el art. 3088, si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiera aumentar el volumen de agua. El art. 3097 dispone que los propietarios de fundos inferiores están sujetos a

recibir no sólo las aguas naturales sino también las artificiales que corran de los terrenos superiores, sin perjuicio de la indemnización debida a los predios inferiores, “teniendo en consideración los beneficios que pueda obtener de esas aguas”. El art. 3100 permite a todo propietario que quiera desaguar su terreno de aguas que lo perjudique, o para evitar inundaciones o para extraer piedras, arcillas o minerales puede conducir sus aguas por canales entre las propiedades que separen su fundo, previa una “justa indemnización”. Algo similar ocurre en el supuesto de los arts. 564,569 y 577 del Código Civil español.-

4. Conclusiones

Como se advierte, el Código contempla dos sistemas de responsabilidad civil, que se ubican en la órbita extracontractual y contractual.-

A su vez, el sistema tuitivo se complementa con la protección otorgada a determinados intereses, cuyo sacrificio, a pesar de no ser antijurídico por ser conforme con el ordenamiento jurídico, se estima por éste que no es justo que recaiga exclusivamente sobre la esfera jurídico-patrimonial del titular del interés sacrificado. Precisamente, para evitar esta injusticia, bien, para evitar este resultado indeseado, se prevé por la ley una obligación de indemnizar, que no nace de un acto ilícito, no estando sometido al régimen común de la responsabilidad civil por actos dañosos antijurídicos [26].-

Esos supuestos están previstos específicamente en la ley. Se trata de supuestos de reparación del daño que obedecen a

los que BETTI considera “exigencias sociales de cooperación” y de los que se responde en razón del poder de control que se tiene sobre la causa del suceso que ha resultado dañoso para otro [27].-

Pero cuando nos referimos al sistema de la responsabilidad civil, sea en el campo contractual como en el extracontractual, y contrariamente a lo dicho en cuanto a los límites que nuestro ordenamiento establece, buena parte de la doctrina da por sentada la existencia del principio de la reparación integral, concebido como una norma abierta y cuya aplicación es considerada verdad de fe.-

Esa posición doctrinaria no advierte que tanto en una como en otra parcela, el principio de la reparación tiene límites, por lo que es un contrasentido hablar de “reparación integral o plena”.-

En su afán de derribar esos límites han argüido que el primer aspecto a considerar es la víctima que ha sufrido un daño injusto, marcando una diferencia con sistemas anteriores que ponían su atención en el reproche de conducta (culpa) del responsable. También están quienes han criticado que, aun desde el sistema de la responsabilidad civil de nuestro Código, resulta contradictorio que un daño idéntico causado culposamente sea resarcido de un modo distinto [28].-

Otros, también partidarios del principio de la reparación integral, han tratado de “reinterpretar” al art. 520, en armonía con los arts. 511 (el deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla) y 519 (entendiendo los daños e intereses

como el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, a consecuencia de su inejecución) [29].-

Están quienes, en defensa de esa postura extienden o amplían la noción de consecuencias inmediatas y necesarias, entendiendo a la primera como todo efecto que derive del enlace del incumplimiento con uno distinto, pero que invariablemente lo acompañe [30].-

Lo expuesto, sólo por mencionar algunas posiciones que sostienen a pie juntillas la vigencia, en nuestro ordenamiento positivo, del principio de reparación integral.-

Nuestro Código en sus arts. 905 y 906 corta la imputación de las consecuencias casuales y remotas, y a través del juego de los arts. 520 y 521, en materia contractual, sólo imputa consecuencias mediatas en supuestos de inejecución maliciosa.-

De allí que no existe, desde este ángulo, ningún caso de reparación plena, ya que nuestro ordenamiento ha sesgado un importante lote de consecuencias dañosas, declarándolas no indemnizables.-

Dicho en otras palabras, el precio de sostener la reparación plena sería conceder lógicamente que ella es la reparación total del perjuicio del damnificado, deducidas las consecuencias remotas, menos las consecuencias casuales, menos las consecuencias no relacionadas causalmente en forma adecuada con el acto dañoso, menos las consecuencias mediatas en

la responsabilidad contractual. Se observa que se trata de una “reparación plena” muy particular.-

En palabras del maestro LÓPEZ MESA, lo que autoriza nuestro ordenamiento civil no es sino una sombra de la verdadera reparación plena, que para ser tal debería significar un restitutio in integrum, una vuelta de la víctima al estado anterior al evento dañoso [31], lo que la mayoría de las veces es imposible. Se persigue, entonces, sustituirla por los medios económicos que permitan al damnificado paliar su detrimento, sin convertirse en fuente de lucro o en factor de expoliación para el dañador [32].-

La de la reparación integral o plena, es, en síntesis, una teoría “despatrimonializadora”, ligada a la ideología de la reparación, que considera herética la consideración sobre todo límite a la indemnización, de toda cortapisa a la responsabilidad objetiva, de toda tarifa o corte de imputación de consecuencias, pretendiendo hacerse fuerte en la fábula para niños que algunos llaman indemnización plena o reparación integral, estándares que quieren convertir en realidades tangibles, sin importar cuál es el costo, si el mismo es asumible y quién habrá de pagarlo.-

En pocas palabras, no existe en nuestro derecho positivo ningún caso de reparación integral o de indemnización plena.-

Preferimos sostener el principio de la reparación justa, sujeta a los límites demarcados anteriormente, que deben ser observados por el juez al fallar en la litis, con prudencia y de acuerdo a las circunstancias del caso.-

Una reflexión final sobre lo señalado: Nuestros magistrados se dejan llevar muchas veces por empirismos y sentimentalismos, concediendo indemnizaciones desmesuradas a algunas víctimas o irrisorias a otras. Es asombroso ver las disparidades en las que incurren algunos Tribunales para casos sustancialmente análogos. Es posible que algunas de esas disparidades se encuentren en criterios “ocultos”, cargados de subjetividad. Muchas veces los jueces tenemos una insuficiente apreciación de la realidad económica, medida en función del salario que percibimos. Muchas veces no se tiene la menor idea de lo que es la realidad empresarial o la del ciudadano víctima de los atropellos cotidianos.-

Y lo que es peor, a veces no se tiene idea de lo que significa el ejercicio profesional del abogado, lo que se refleja muchas veces en regulaciones de honorarios que no retribuyen mínimamente el trabajo desplegado [33].-

[2] VARIZAT, Andrés F. “Aspectos actuales del principio de reparación integral y la extensión del resarcimiento en el incumplimiento contractual”, en “Cuaderno de Obligaciones – Daños en el incumplimiento obligacional”, Director: Carlos Gustavo Vallespinos, Ed. Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, p.86.

[3] VARIZAT, Andrés F, op. cit. p. 89.

[4] ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Curso de obligaciones civiles y comerciales”, Ed. Lexis Nexis – 3ª ed., Bs. As, 2006, p. 266.

[5] ENNECCERUS-EHMANN, “Tratado” I, de Obligaciones, num 237; DERNBURG, “Obligazioni”, num 41;

MARTY, “La relation de cause a effet comme condition de la responsabilicé civile”, en *Revue de Droit Civil*, año 1939, p. 686.

[6] PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, Ed. La Ley, T° I, Parte General, p. 322.

[7] ORGAZ, Alfredo., op. cit., p. 959.

[8] PIZARRO, Ramón D., op. cit., p. 318/319

[9] ORGAZ, Alfredo, op. cit. p. 959.

[10] ORGAZ, Alfredo. “La limitación del resarcimiento en las responsabilidades contractual y extracontractual”, en “Doctrinas Esenciales”, T. II, Ed. La Ley, 2007, p. 957.

[11] Voto del Dr. VÁZQUEZ VIALARD, CNTrab., Sala I, 22.06.01, “Ugalde, Juana M. y o. c/ El Cóndor ETSA”, DT 2001-B-1565 y ED 195.-421. LÓPEZ MESA, Marcelo J. – TRIGO REPRESAS, Félix A., “Tratado de Responsabilidad Civil – Cuantificación del Daño”, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, p. 20.

[12] ORGAZ, Alfredo. Op. cit., p. 962.

[13] LLAMBIAS, Jorge J., “Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes”, en “Estudios de derecho civil en homenaje Héctor Lafaille, Depalma, Bs.As., 1968, p. 451; VARIZAT, Andrés F, op. cit., p.105.

[14] TRIGO REPRESAS, Félix A – LÓPEZ MESA, Marcelo J, “Tratado de la responsabilidad civil”, T° II, Ed. La Ley, Bs.As., 2005, p. 155.

[15] TRIGO REPRESAS, Félix A, “Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 17 (Responsabilidad Contractual I) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 23.

[16] PIZARRO, Ramón D., op. cit. p. 339.

[17] VINEY, “Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin”, Les obligations, La responsabilité: effets; PIZARRO, Ramón D, op. cit., p. 339.

[18] CHARTIER, La réparation du prejudice, n° 124, p. 165; PIZARRO, Ramón D., op. cit., p. 340.

[19] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Cuánto por daño moral”, en LL, 1998-E-1057.

[20] LÓPEZ MESA, Marcelo J. – TRIGO REPRESAS, Félix A., “Tratado de Responsabilidad Civil – Cuantificación del Daño”, op. cit., p. 23/24

[21] CSJN, 01.04.97, “L., E.A. y o. c/ Nestlé S.A.”, DT 1997-B-1991; SCBA, 16.04.85, “Guallarello, Luis A y o. c/ Pcia. de Buenos Aires”, en LL, 1986-C 449 y ss.

[22] TRIGO REPRESAS, Félix A.-LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de Responsabilidad Civil”, T. IV, p. 696; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A, “Cuantificación de los daños por mala praxis médica”, LL-2002-F-1389; CASIELLO, Juan J., “Sobre el daño moral y otros pretendidos “daños”, LL, 1997-A-177.

[23] LÓPEZ MESA, Marcelo J- TRIBO REPRESAS, Félix A, “Tratado...Cuantificación...”, op. cit., p. 36.

[24] BUSTO LAGO, p.166

[25] CAVANILLAS MUGICA, S, “La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987, p.147.

[26] BUSTO LAGO, p. 165

[27] BETTI, E, “Teoría General de las Obligaciones”, Revista de Derecho privado, Madrid, 1970, T. II, p. 117.

[28] VARIZAT, Andrés F., op.cit., p. 112.

[29] ZANONI, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, Bs.As., 1993, p. 88 y ss. y 92 y ss, asimismo nota N° 55 de p. 92.

[30] BUERES, Alberto, su voto en fallo plenario dictado en autos “Civit c/ Progress S.A., J.A., 1990-III-49.

[31] LÓPEZ MESA, Marcelo J, en “Tratado de la Responsabilidad civil”, Trigo Represas- Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J, Cap. 24, 2a ed. Ed. La Ley, Bs.As., 2011.

[32] LÓPEZ MESA, Marcelo J – TRIGO REPRESAS, Félix A, “Tratado...Cuantificación.”, op. cit.,p. 9.

[33] RIVERA, Julio C., “Cuantificación legal y judicial”, en “Revista de Derecho de Daños”, T. 2001-I, p. 21.

La relación de causalidad en el contexto de la responsabilidad objetiva

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RCyS 2011-II, 59

Cita La Ley online: AR/DOC/6304/2010

[Consultado el: 25/11/2019]

Sumario

1. Antecedentes. 2. El rol de la culpa en la responsabilidad civil. 3. El nexo causal. 4. La causal de eximición. 5. El tercero extraño. 6. Conclusiones.

1. Antecedentes

La Cámara Civil, Comercial y de Minería de Gral. Roca, Pcia. de Río Negro, dictó sentencia confirmatoria de la de primera instancia, rechazando la acción dirigida contra el fabricante de un automotor a nafta, al cual se le había instalado en la concesionaria vendedora, un equipo a gas no homologado por aquél.

La acción intentada por el comprador proponía la extensión de la garantía al fabricante en los términos del art. 40 de la ley 24.240 (con la reforma incorporada por la ley 24.699, art. 4°).

El texto normativo señala que "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa...responderán...el fabricante...el vendedor", agregando que "...la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

La Alzada señaló que el fabricante era ajeno, esto es, un tercero totalmente desvinculado con la causa del daño.

El fallo en comentario, a través del voto del vocal preopinante Dr. Giménez distingue entre los conceptos "factor de atribución" y "relación de causalidad", al señalar que "en la especie, la acción deducida se rechazó contra el fabricante, por juzgarse que la causa del daño (nexo de causalidad y no factor de atribución) respondió a un tercero ajeno al fabricante, cual fue el vendedor (concesionario)".

En principio, y de conformidad con lo normado por el citado art. 40 LDC, y por tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva, el productor no puede liberarse demostrando simplemente que no actuó con culpa. Necesita acreditar que la causa del daño le ha sido ajena.

La manera de acreditar la ruptura del nexo causal es probando la llamada causa ajena o casus, comprensivo tanto del hecho del tercero, del hecho de la propia víctima o más genéricamente del caso fortuito o fuerza mayor (1).

Únicamente se exime de responsabilidad en los casos de ausencia de relación de causalidad: por caso fortuito o fuerza

mayor, o por culpa de la víctima, o por hecho de un tercero extraño (2).

2. El rol de la culpa en la responsabilidad civil

Sentado ello, creemos acertado entrar a analizar la razón por la cual al fabricante no le alcanza con demostrar que no actuó con culpa, requiriéndose para su eximición la prueba de la ausencia de causalidad.

Deberíamos, entonces, formularnos una pregunta primigenia: ¿por qué nos vemos obligados a reparar los daños causados?

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que en la actualidad surgen dos respuestas de signo contrapuesto: la primera, impone la obligación de indemnizar en virtud de la existencia de un hecho humano realizado con imprudencia, es decir, en la culpa del sujeto actuante. La segunda, pone el acento en la actuación humana, pero sin tener en cuenta las características de ese comportamiento: debe reparar el daño quien lo causó, exista culpa o no. Es la llamada responsabilidad objetiva (3).

Al responder sólo de aquellos actos considerados como culpables, gozamos de cierta tranquilidad al saber que estamos a cubierto de daños que tienen origen en hechos que escapan de nuestra voluntad. De esta manera queda resguardada nuestra libertad. No obstante esto, todo tiene su punto débil, ya que visto el asunto desde otra perspectiva, todos podemos ser objeto de daños, nadie queda libre de ser víctima de un per-

juicio patrimonial, y desde esta órbita el valor libertad nos resultaría insuficiente; por el contrario, reclamaríamos la vigencia del valor garantía, en el sentido de que el ordenamiento jurídico nos tutele, proteja, nos ampare de los posibles dañadores, restituyendo nuestro patrimonio (4).

De allí que se le presenta al legislador la problemática del binomio libertad-garantía, de complicada solución ya que si bien, modernamente las legislaciones se están inclinando por la responsabilidad objetiva, el abandono absoluto de la teoría tradicional puede ocasionar graves inconvenientes al desvanecerse la conciencia de responsabilidad individual, el de haberse obligado por los actos propios, y al cargar, por otro lado, de manera casi excesiva la reparación de perjuicios en aquél que a primera vista aparece como el más fuerte económicamente, por el mero hecho de haber iniciado una actividad que supone cierto riesgo para los demás, sin valorar la posible conducta negligente de la víctima (5).

Así, diversos Estados han ido creando leyes especiales, estableciendo responsabilidades de tipo objetivo, que por lo general interactúan con el principio general de la culpa, que sigue siendo la matriz clásica de la mayoría de los Códigos. En definitiva, la culpa sigue siendo el eje central del sistema.

Esto es, la culpa no puede desaparecer del sistema de responsabilidad civil, sencillamente porque parte del principio básico de la libertad del hombre. Desde que el hombre es libre, y puede optar entre hacer el bien o hacer el mal, ha de responder cuando opta por esta última alternativa.

De modo que como primera conclusión y para dejar claros algunos conceptos, se comparte el criterio adoptado por José M. Pena López, en España y por Marcelo J. López Mesa, en Argentina, en el sentido que la culpa, el riesgo y la garantía constituyen los pilares de la responsabilidad civil.

3. El nexu causal

Con las reservas formuladas, no cabe duda entonces que nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, donde la imputación del daño al agente se desvincula de todo contenido de subjetividad, adquiriendo una dimensión estrictamente empírica (6).

La responsabilidad del fabricante ha quedado comprometida solidariamente con el vendedor y otros intervinientes, a tenor de lo que se desprende del art. 40 LDC.

En esa inteligencia garantiza o asegura la indemnidad de su contratante con consecuencias en dos momentos: tiene el deber de procurar la evitación del daño y, ante el acaecimiento del resultado lesivo, la obligación de hacerse cargo del resarcimiento (7).

En efecto, en el seno de un sistema de responsabilidad objetiva el daño es imputable al responsable no porque se haya conducido de forma negligente, sino porque el resultado dañoso sobreviene a consecuencia de un evento ocurrido en el ámbito de aplicación de una norma especial (8).

En orden al riesgo o vicio de la cosa, y particularmente a este último concepto, se ha dicho jurisprudencialmente que radica en la mala calidad o defecto que torna a la cosa inapropiada para una utilización inocua para los demás, por lo cual, cuando alguien causa un perjuicio por razón del vicio que tiene la cosa de que se sirve, debe reparar ese daño, pues ha resultado el causante de ese mal ajeno (9).

En estos sistemas, se supone que es suficiente el simple nexo de causalidad física para generar la responsabilidad del agente.

Jurídicamente, la relación de causalidad puede considerarse como la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o la cosa (10).

La relación de causalidad y los factores atributivos de responsabilidad constituyen dos presupuestos diferentes, aunque ambos aparezcan íntimamente vinculados: por el primero se inquiriere si alguien debe ser considerado como autor de un daño; el segundo, en cambio, responde a otro interrogante: si el autor debe ser tenido como responsable del mismo (11).

Pero es dable aclarar que la idea de riesgo no se identifica totalmente con la causalidad material; no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño. Riesgo que en nuestro caso fue introducido por el vendedor en un momento posterior a la intervención del fabricante en el armado del automóvil.

Pero así también, en estos sistemas existen circunstancias de exoneración que se inscriben en el elemento causal y que funcionan como mecanismos de escape o válvulas de seguridad de un objetivismo que de otro modo sería rígido y desnaturalizante o antisocial puesto que llevaría al dueño de la cosa a responder hasta el caso fortuito o la culpa de la víctima (12).

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 22/1994 española (Ley de responsabilidad por productos), que en su Art. 8 señala que "La responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño".

En palabras del maestro Díez Picazo (13), se puede explicar el concepto que venimos señalando, diciendo que los seres humanos se encuentran en un mundo social en función de portadores de un rol o, dicho de otro modo, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.

De este modo el objetivo es imputar las desviaciones respecto de las expectativas que suscita el portador del rol.

Como toda defraudación de estas expectativas, en toda lesión o en todo daño, pueden participar, además de la víctima y el pretendido autor, terceras personas. La labor consiste en determinar a quién competía el acontecer relevante, es decir, quién quebrantó su rol administrándolo de modo deficien-

te. Si todos se comportan conforme al rol sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia. Si fue la víctima quien quebrantó su rol es ella quien debe asumir el daño y sólo puede imputarse la responsabilidad a terceros, cuando sean éstos los que hubieran quebrantado o administrado deficientemente su rol.

4. La causal de eximición

Sin embargo, y en consonancia con lo expuesto más arriba, la idea de la culpa no desaparece completamente del escenario. Deja de gravitar como factor de atribución de responsabilidad, pero sí lo hace como causal de exoneración.

Ello significa que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa riesgosa, cuya titularidad o guarda atribuye a quien demanda, quien a su vez puede eximirse de responsabilidad si acredita la culpa de aquella o la de un tercero por quien no debe responder (14).

Es esa la línea seguida por el art. 40 de la ley 24.240 (texto incorporado ley 24.699), en tanto y en cuanto señala que "la causa del daño le ha sido ajena". Y en esa inteligencia, sucedido esto último, se produce el quiebre del nexo de causalidad, eximiendo al agente de toda consecuencia jurídica. Le es ajena cuando, en supuestos de responsabilidad objetiva, un tercero extraño introduce un riesgo.

Claro que será necesario que la ley prevea expresamente —como sucede en el art. 40 apuntado— el supuesto en que la causalidad se interrumpa y genere la limitación o exclusión de la responsabilidad de la persona que ha realizado la actividad causante del perjuicio por su riesgo o peligrosidad (15).

Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas, multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañabilidad; de ahí que no toda cosa dañadora sea una cosa riesgosa (16).

5. El tercero extraño

El fallo en comentario alude a que "ser ajeno importa ser un tercero (esto es, sin vínculo de conexidad) con la causa del daño. Ello no debe confundirse con el factor de atribución por lo que cabe responder, esto es, ser el fabricante del producto que resulte con vicio o riesgo en la cosa dañadora...".

Para limitar el concepto de "tercero", podemos decir que se entiende por tal toda persona distinta del responsable presunto y de la víctima, pudiendo ser tanto una persona física o jurídica, de carácter público o privado (17).

Sin embargo, con relación a la exigente en análisis, dicho concepto asume un sentido más restringido. No cualquier hecho de un tercero es idóneo para desvirtuar el nexo de causalidad que presumiblemente existe entre la conducta del demandado y el daño: debe tratarse de un tercero extraño, por quien no se deba responder (18). Esto es, no dependiente ni subordinado.

Para algunos autores, el hecho del tercero por quien no se debe responder es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y descarta la responsabilidad del demandado, al evidenciarse que en definitiva resultó por completo extraño al perjuicio ocasionado, en razón de que la única causa eficiente del mismo lo fue el hecho culposo de un tercero que interrumpió la concatenación causal, proyectando la responsabilidad fuera de la órbita de actuación del accionado y sindicando como único responsable a ese tercero (19).

En sencillas palabras, deben considerarse tanto la fuerza mayor como el hecho de tercero, pues entonces el daño no está producido por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios (20).

6. Conclusiones

Las conclusiones que creemos deben desprenderse del examen de nuestro sistema legal, son los siguientes:

- En los sistemas de responsabilidad objetiva, para que el daño sea imputable al responsable, es menester que el resultado dañoso sobrevenga a consecuencia de un hecho ocurrido en el marco de aplicación de una disposición legal especial.

- En tales sistemas, el riesgo no se identifica totalmente con la causalidad material ya que no se responde por la mera causación del daño. Debe haber de por medio un factor de atribución: el haber creado el riesgo que causó el daño.

- En estos sistemas, la idea de la culpa no desaparece totalmente del escenario de la responsabilidad. Deja de actuar como factor de atribución, pero sí incide como causal de exoneración.

- No cualquier hecho de un tercero desvirtúa el nexo causal: debe tratarse de un tercero extraño, por quien no se deba responder.

- No cabe sino conferirle mérito a la sentencia que comentamos pues identifica con toda claridad el factor de atribución del nexo de causalidad en los supuestos de responsabilidad objetiva.

(1) VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "El hecho del tercero o de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva", en Responsabilidad Civil. Doctrina Esenciales. Parte General. Félix A. Trigo Represas. Director. T. II. Ed. La Ley. Bs. As. 2007. p. 1108.

(2) STIGLITZ, Rubén S. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2010, p. 286.

(3) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. p. 354/355

(4) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. Op. cit. p. 356

(5) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. Op. cit. p. 356.

(6) TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T. I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 624

(7) Cfr. LOPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la responsabilidad civil. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 565/566.

(8) LOPEZ MESA, Marcelo J. op. cit. p. 427.

(9) LOPEZ MESA, Marcelo J. op. cit. p. 622.

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil, p. 267.

(11) ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. P. 57.

(12) LOPEZ MESA, Marcelo J. op. cit. p. 428.

(13) DIEZ PICAZO, Luis- GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. 6a ed. 2a Reimpresión. Ed. Tecnos. Madrid. 1992 p. 644/645.

(14) LOPEZ MESA, Marcelo J. op. cit. p. 428.

(15) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. Op. cit. p. 352.

(16) TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. op. cit. p. 625.

(17) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. op. cit. p. 170.

(18) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. Op. cit. p. 171.

(19) TRIGO REPRESAS, Félix A. Teoría Gral. de la responsabilidad civil. Las eximentes, en "Responsabilidad civil. Presupuestos. p. 280/281.

(20) DIEZ PICAZO, Luis- GULLON, Antonio. Op. cit. p. 644/645.

Cláusulas abusivas. Su ineficacia en el Código Civil y Comercial Argentino

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Publicado en: Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 2 - Noviembre 2015 – 16/11/2015

Cita: IJ-XCIII-579

[Consultado el: 26/11/2019]

Sumario

1. Planteo del problema. 2. Inexistencia y nulidad del acto jurídico. 3. La afectación del consentimiento. 4. Importancia práctica de la distinción. 5. Casos en el derecho comparado. 6. La nulidad parcial. 7. La nulidad parcial en el Código Civil y comercial argentino. 8. Conclusiones.

1. Planteo del problema

Normalmente el tema de las cláusulas abusivas se enmarca en los contratos de contenido predispuesto, en los contratos de adhesión a condiciones generales, en los de consumo y en el abuso de la posición dominante en una economía de mercado, referido particularmente al tema de la competencia económica.

El nuevo CCCN argentino ha regulado la cuestión de las cláusulas abusivas en dos parcelas distintas del Libro tercero (Derechos personales): a) en la Sección 2a, Capítulo 2, Título II (Contratos en general) (art. 988) y en el Capítulo 4 del Título III (Contratos de consumo) (arts. 1117 a 1122), en este caso, en sintonía con lo dispuesto por el art. 37, LDC.

El tema que nos ocupa – y preocupa – es el tipo de efecto que la norma legal le confiere a la cláusula abusiva así declarada en los “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” y en los “contratos de consumo”, a través de la terminología “se tendrán por no escritas” y “se tendrán por no convenidas”, respectivamente, lo que a primera vista presupone la configuración de un supuesto de inexistencia del acto jurídico, que como tal, no se encuentra contemplado en las previsiones del art. 382, que sólo menciona dos categorías de ineficacia: la nulidad y la inoponibilidad del acto, lo que nos obliga a reeditar la controvertida cuestión de la inexistencia del acto jurídico.

2. Inexistencia y nulidad del acto jurídico

Cuando la norma del art. 988 señala que “se deben tener por no escritas”, como lo hace el art. 1122, inc. 3 en el sentido de “tenerse por no convenidas”, se está haciendo una clara alusión a que la cláusula debe tenerse como que no existe, y por lo tanto debemos remitirnos a la “teoría de la inexistencia del acto”.

La teoría clásica de la inexistencia, nacida en Francia en el siglo XIX, consideraba que el acto que carecía de alguno de los elementos esenciales (objeto, causa, consentimiento, forma) configuraba, no un supuesto de nulidad sino de inexistencia. Más tarde, Bonnacase consideró que el criterio de la inexistencia tenía un punto de vista psicológico y uno material, consistente en verificar en cada caso si se hallaban reunidas una o varias voluntades, uno o varios objetos y eventualmente una forma solemne. Decía que si estos tres elementos carecían de toda la perfección requerida por el derecho vigente, pero el acto había sido formado bajo sus principios, nos encontraríamos en presencia de una nulidad, no de una inexistencia. A partir del siglo XX, y con más fuerza hacia la década del cuarenta, se conceptualizó el negocio desde un punto de vista lógico formal, naciendo así la teoría del negocio incompleto (Ennecerus-Von Thur), la de la falta de requisitos positivos (Oertmann), la de la ausencia de la *fattispecie* (Lehmann), la de la ausencia de elementos que lo identifiquen (Albaladejo, Santoro Pasarelli y Cariotta Ferrara), la del concepto negativo (Scognamiglio) y la de la nulidad (De los Mozos). Se sostuvieron también tesis extrajurídicas (la del fundamento material y la del fundamento iusfilosófico) [1].

Los sostenedores de las teorías negatorias le han restado toda entidad a la inexistencia como supuesto de ineficacia y carente de autonomía.

Para los detractores de la teoría lo que en la práctica sucede es que pretorianamente se ha creado un régimen agravado de nulidad absoluta, pero dado que hace a la esencia de la nulidad el hecho de que sólo puede surgir de la ley, se aduce entonces una pretendida diferencia lógica hartamente discuti-

ble para que la nulidad agravada que se ha creado en forma paralela no sea tenida por tal. No parece, según esta postura, un buen método el terminar aplicando una nulidad sin consagración expresa por el expediente de llamarla “de otra manera” y así hacer un by pass para saltarse el régimen legal vigente [2].

Se agrega que, todo ello, sin contar con una contradicción adicional: si la inexistencia es una categoría que surge de la mera lógica y es ajena al mundo jurídico, tampoco se explica que la misma queda sometida a la apreciación por parte de los jueces. En la medida que la inexistencia es un concepto propio del mundo del ser y no del deber ser, no necesitaría de norma alguna para su operatividad, la que surge de la propia lógica de las cosas [3].

Planteada la discusión, justo es reconocer que para la primera postura, un acto que no existe, que constituye sólo una apariencia de tal, no es nulo ni puede anularse; lisa y llanamente es un acto inexistente, cuya inviabilidad jurídica sólo debe constatarse.

Sabido es que la teoría de la inexistencia del acto jurídico no es una cuestión que se limite a una discusión teórica, sino por el contrario, según el cristal con el que se mire, tendrá profundas connotaciones prácticas, sea que se trate en definitiva de un verdadero supuesto de nulidad (absoluta o relativa) o bien, que sea considerado como algo que no existe en el sentido estricto de la acepción.

Se ha sostenido, en favor de la categoría de “acto inexistente” que éste no es equiparable al acto nulo, ni constituye

una categoría extralegal, sino que surge de la “interpretación y valoración de los comportamientos implicados, realizada por el organismo jurisdiccional en función del esquema normativo vigente, integrado - como es obvio – por las distintas fuentes del derecho entendidas como criterios de objetividad para la resolución de conflictos” [4].

Para Belluscio la inexistencia y la nulidad son dos categorías jurídicas conceptuales diferentes; que el acto jurídico nulo es un acto jurídico viciado por motivos que dan lugar a la privación de sus efectos propios (especialmente, los llamados efectos indirectos, diferentes de los que se tuvo en mira al contratar). A diferencia de éste, el acto inexistente no llega a configurar un acto jurídico aunque aparente serlo, por ausencia de algún elemento esencial relativo al sujeto, al objeto o a la forma [5].

Para Prada Márquez, las cláusulas abusivas inexistentes son las absolutamente sorpresivas (que en el CCCN argentino se encuentran contempladas en el art. 988.c.) y aquellas sobre las cuales no se puede predicar consentimiento alguno, ni siquiera aun en los casos de adhesión, por no haber habido voluntad concurrente para su formación (por ser extrañas a la naturaleza del negocio y a la finalidad perseguida por las partes, tal como sucede en el art. 988.a, del CCCN argentino).

Tal como se expondrá más abajo, veremos que por imperio del art. 989, CCCN el juez podrá declarar la nulidad parcial del contrato, debiendo integrarlo simultáneamente, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

3. La afectación del consentimiento

La doctrina clásica, aun prevaleciente, identifica los elementos constitutivos del contrato y sostiene que son el consentimiento, el objeto y la causa [6].

El consentimiento es un elemento esencial del contrato, fundante de su existencia, por lo que la determinación del momento en que queda perfeccionado reviste gran importancia. De ello depende que pueda considerarse efectivamente establecido un vínculo generador de obligaciones para las partes [7].

El acto inexistente es aquel que carece de los elementos esenciales y necesarios para que tenga vida legal. En materia de contratos dichos elementos son, siguiendo a Mosset Iturraspe, el consentimiento o acuerdo de voluntades, el objeto y la causa. La capacidad es sólo un presupuesto del consentimiento. La forma, entendida como expresión o exteriorización de la voluntad, no puede faltar en ningún contrato y como tal es también un presupuesto del consentimiento [8].

Por su parte, Santoro Pasarelli dice que la falta de algún elemento o requisito del negocio que impida su identificación provocará su inexistencia [9].

Ergo, la cláusula abusiva es tenida por no escrita por el ordenamiento, y por ende inexistente, pues considera que, ha desnaturalizado las obligaciones del predisponente, o importan una renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían los del predisponente, o son sorprendivas (arg. art. 988, CCCN argentino), o bien provoca un desequilibrio significati-

vo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (art. 1119). Es decir, la cláusula abusiva es considerada como no escrita o no convenida, sencillamente porque afecta el consentimiento de una de las partes, que es uno de los elementos esenciales de cualquier contrato.

Este planteamiento no puede entenderse sin ahondar en el problema de la dirección de la voluntad negocial y sin aislar previamente lo que se ha dado en llamar el intento práctico de las partes cuando concluyen o tratan de concluir un negocio, ya que una y otro son tomados en cuenta por el ordenamiento no sólo para valorar su trascendencia en cuanto a los efectos del negocio concluido o intentado, sino también en cuanto voluntad que se manifiesta y que por esto mismo debe ser conservada en la medida de lo posible, más allá de la nulidad del negocio, o al margen de la eficacia o ineficacia de los propios efectos negociales (principio de la conservación de la voluntad de las partes) [10].

De modo que la inexistencia de un acto jurídico, tal como sucede en las cláusulas abusivas no involucra un problema de vicios sino de presupuestos. En efecto, si los presupuestos del acto están presentes pero hay vicios, se trata de una cuestión de nulidad; en cambio, si no se dan los presupuestos, el problema es de existencia [11]. Mientras la nulidad plantea un problema de incompatibilidad o incoherencia entre un acto determinado y la norma que fija sus requisitos, o sea un problema de validez o eficacia, la inexistencia apunta a la realidad misma del acto desde el punto de vista jurídico, o involucra, por ende, un problema de vigencia [12]. La nulidad supone un acto que adolece de deficiencias en alguno de sus elementos esenciales, mientras que la inexistencia es un concepto aplica-

ble a determinados hechos que presentan la apariencia de actos jurídicos pero que en realidad no revisten el carácter de tales por carecer de alguno de aquellos elementos [13].

Lo dicho viene a cuento de entender que la falla que primero se advierte en las condiciones generales, por más llamativa y chocante, se refiere al consentimiento. Se consiente sobre lo conocido y entendido. Las condiciones generales, por su misma complejidad, no pueden ser entendidas por los clientes. Falta, por tanto la base para que puedan formar parte del contenido del contrato. Mas de este modo, se está ante una cuestión de hecho: averiguar si hubo o no tal consentimiento, lo que fácilmente se complica si se acude para resolver ficciones y presunciones más o menos arbitrarias. De un lado se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otro, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligente y que debe, por tanto, pechar con las consecuencias de su falta de diligencia. Dificultades que no se salvan con la cláusula por la que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fue debidamente entendida y querida [14].

Tal como decíamos antes, de acuerdo a lo sostenido por los seguidores de la inexistencia del acto podría decirse que la inexistencia de un acto jurídico no predica sobre un problema de vicios sino de presupuestos. Si los presupuestos del acto no están presentes (todos o alguno de ellos) nos encontraríamos frente a una cláusula inexistente, pues en el caso que nos ocupa, el presupuesto ausente es el consentimiento. La norma

no habla de vicios en el consentimiento. Sentencia que esa cláusula se “tendrá por no escrita” (art. 988) o “por no convenida” (art. 1122) que a los efectos prácticos no varía su sentido. Ello así, pues tales prestaciones, no tendrían fuente voluntaria y por ende su ejecución supondría un enriquecimiento sin causa (art. 1794), y generaría la obligación de restituir o indemnizar los perjuicios sufridos, por carecer de todo fundamento.

En definitiva, en la actualidad el tema se centra en un renovado enfoque del concepto de autonomía de la voluntad privada, en la que se debe preguntar cuál es su fin, teniendo en cuenta la distribución equilibrada de los intereses de las partes, la razonabilidad económica del negocio y la buena fe contractual [15]. Se trata, tal como lo señalaba Albaladejo, de un supuesto de ineficacia estática, genética, que atiende a la fase de celebración; es inicial o estructural [16].

4. Importancia práctica de la distinción

Cuando se examina el grado de asimilación o rechazo, por el ordenamiento jurídico, de una cláusula abusiva, en el fondo lo que se está analizando es si nos hallamos frente a un ilícito. De lo que no cabe duda es de la ilicitud de toda estipulación por la que se contraría una prohibición expresa de la ley, como por ejemplo, lo será la cláusula limitativa de la responsabilidad y la que consagra la inversión de la carga de la prueba[17].

Por regla general, toda cláusula abusiva es ilícita, pero no toda cláusula ilícita es abusiva. Los contratos de forma libre

que no constan por escrito, también pueden contener condiciones abusivas, por ejemplo, en la manera como se presta el servicio contratado [18].

La importancia práctica de la distinción que venimos desarrollando radica en lo siguiente: a) el acto inexistente no produce ningún efecto; la situación resultante debe ser considerada con entera abstracción del acto inexistente que le ha servido de antecedente accidental y debe regirse por los principios legales que correspondan a esa situación en sí misma [19]. La nulidad priva al acto de sus efectos propios, pero no de todo efecto; la inexistencia, en cambio, denota una simple apariencia de acto jurídico, que no es en rigor tal por carencia de algún elemento esencial, de modo que no es posible tratarlo como lo que no es [20]. El acto inexistente es considerado como no celebrado y repercute al propio tiempo sobre las demás transmisiones sucesivas a las que se priva de sus efectos; b) Los actos jurídicamente inexistentes no son confirmables ni prescriptibles, ya que no producen efecto alguno; c) los actos inexistentes pueden ser declarados de oficio, cosa que no sucede en todos los supuestos de nulidad; c) la inexistencia de un acto jurídico debe reservarse para casos verdaderamente excepcionales donde no se encuentran los presupuestos del acto [21]. Debido a lo anterior, no son equiparables en la práctica actos nulos e inexistentes, ni constituyen dos polos o matices de una disquisición teórica inútil [22].

Es posible que el contrato en el que se contempla una cláusula de las denominadas abusivas, comience a ejecutarse. Cabe preguntarse entonces, qué sucede con las prestaciones recíprocas de las partes en el mientras tanto, hasta que un juez declare que la cláusula ha de tenerse por no puesta o no con-

venida, pues claro está que, irremediablemente el caso terminará en la justicia.

Algún autor considera que las prestaciones en este caso no tiene fuente voluntaria, postura a la que adhiero, y por lo tanto su realización supone un enriquecimiento sin causa [23], encontrándose obligado, quien se enriquece a expensas del otro, en la medida del beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido, debiendo, inclusive, restituir el bien incorporado a su patrimonio indebidamente (art. 1794, CCCN).

Lo pagado en virtud del contrato cuya cláusula ha sido tenida a posteriori como no escrita o no convenida, es repetible, conforme con las previsiones del art. 1796, CCCN, ya que esta figura es una especie de enriquecimiento sin causa, tratándose de un traslado patrimonial con apariencia de pago que no es tal, por lo que no autoriza a quien lo recibió a retenerlo, y autoriza a quien lo dio a repetirlo, haya habido o no error (art. 1787). Correspondería en el caso la aplicación de las reglas de las obligaciones de dar para restituir (art. 1798).

Lo que acabamos de enunciar no significa que la inexistencia, en este caso, produzca efectos. Estaríamos contradiciendo toda la teoría que ubica, justamente, a la falta de efectos como uno de los pilares de distinción con la nulidad. Sucede que el título por el cual se debería la restitución no guarda fundamento en la inexistencia misma, sino con el enriquecimiento sin causa, o con el pago de lo indebido como subespecie de aquél, es decir, guardan fundamento en la ausencia de fuente voluntaria cuasicontractual.

5. Casos en el derecho comparado

Francia dispuso la transposición a su derecho nacional de la Directiva 93-13 de la Unión Europea, a través de la ley 95-96 del 01.02.95 que pasó a integrar el Capítulo II del “Code de la consommation”, el que define en el art. 132-1 a la cláusula abusiva: “en los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes”. Se considera que la cláusula abusiva debe tenerse como “no puesta”.

En España, el tema se halla regulado por el Decreto legislativo 1/2007, del 16.11.2007, cuyo art. 83 establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

En Italia, la definición fue incorporada en el art. 33.1 del “Codice del consumo”, (cláusulas vejatorias) y el art. 36 las considera nulas.

6. La nulidad parcial

El art. 989, CCCN establece en su 2a parte que “Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”, texto que transcribe en el art. 1121, CCCN.

Recogemos, por su claridad, el concepto que brinda De los Mozos, para quien nulidad parcial del contrato es la que no opera sobre todo el negocio, sino sobre una cláusula o elemento del mismo [24].

Para Gómez de la Escalera, la figura en análisis es un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato [25].

Pareciera incompatible el sentido del acto inexistente que le venimos dando a la cláusula no puesta o no convenida con la conclusión a la que arriba el CCCN (como también lo hace el art. 37, LDC), cuando faculta al juez a declarar la “nulidad parcial”.

La nulidad parcial del contrato responde al principio de la conservación de la voluntad negocial, y se halla inspirada en la regla romana *utile per ineutile non vitatur* [26], que significa “lo válido no es viciado por lo inválido”. En estos casos juega la idea de la doble tipicidad del negocio [27], o de la multiplicidad de su contenido frente a la unidad de su instrumento, o finalmente la consideración de la independencia de sus diversos elementos o efectos [28].

El principio objetivo perseguido por la norma, tal como sucede en otras legislaciones, estriba en que la sanción aplicable a las condiciones abusivas no permita conseguir un resultado desventajoso ni perjudicial para el consumidor o

contratante débil, en cuya defensa y protección se sancionan las cláusulas abusivas[29].

7. La nulidad parcial en el Código Civil y comercial argentino

El Código Civil de Vélez Sarsfield receptaba el principio romano en el art. 1039, y así lo hace el CCCN en el art. 389, que dice en la segunda parte de su primer párrafo que la “nulidad parcial es la que afecta a una o varias e sus disposiciones”, y continúa diciendo en su última parte que “...en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente pueden considerarse perseguidos por las partes”.

Dentro de las clasificaciones de la nulidad parcial ofrecidas por los autores, es clásica la posición de De Castro para quien cabe distinguir tres supuestos bien diferenciados de la nulidad parcial: a) la nulidad parcial por mandato de la ley; b) la nulidad parcial conforme a la interpretación del negocio y c) la nulidad parcial para evitar el fraude de la ley.

En la primera de las parcelas, la invalidez parcial es entendida como subsistencia del contrato, considerándose algunas de sus cláusulas como “no puestas”, o bien siendo aquella limitada o reducida en su contenido; y ello en base a una norma que dispone a tal efecto expresamente para una determinada relación contractual, en el caso que el legislador ha estimado establecer. En estos casos la nulidad parcial opera ex lege, si bien ya señalamos que esta cuestión irremediablemente terminará en Tribunales.

Con estas técnicas derivadas del orden público de protección, de dirección, etc, lo que se pretende no es la nulidad, sino que el contrato sea eficaz, obteniendo los fines queridos por las partes, pero legitimados por la ley. El legislador moderno utiliza técnicas para “transformar” el negocio, la convalidación, la confirmación, la reconversión son algunas de ellas: lo que antes daba lugar a la frustración, ahora da lugar a la transformación. En este sentido, la sustitución automática de cláusulas abusivas puede ser apreciada como una técnica para obtener esa finalidad [30].

Existen supuestos en los que el efecto de la ineficacia parcial no tiene lugar de una manera tan directa, pues no existe una norma que así lo establezca con carácter expreso. Sin embargo, es el respeto a la ley lo que se trata de imponer al declarar la subsistencia del contrato aun siendo nula cierta parte de él. Esta situación se plantea cuando alguna cláusula del contrato vulnera una norma imperativa o prohibitiva, de especial significado social, que incide en la determinación del contenido de las prestaciones [31].

En tales casos, lo característico es que la sanción de la norma infringida no se agota con la eliminación o amputación de la cláusula o pacto ilegal, sustituyendo ope legis el contenido de la cláusula prohibida por el contenido predispuesto imperativamente por el legislador, como técnica o instrumento normativo más adecuado para alcanzar la finalidad protectora o social perseguida por la norma imperativa-sustitutoria [32].

Se caracterizan por tres notas: su heteronimia, su finalidad social o protectora y su carácter necesario. La primera de ellas, se debe a que dichas normas dotan al contrato de una regla-

mentación que resulta ajena a la autonomía privada, por lo que puede decirse que establecen una regulación heterónoma del contenido contractual. La segunda, que constituye su nota característica, se manifiesta en una regulación equilibrada y justa del contrato que trata de proteger y salvaguardar los intereses del contratante más débil. Su carácter necesario se debe a que dichas normas se convierten en inmunes a los actos de la autonomía privada que traten de contradecirlas [33].

Es el caso del art. 37 de la ley 24.240 (ref. ley 26361), que reza: “ Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

La norma se justifica fácilmente en el plano de la ratio política. La sustitución de la norma imperativa a la cláusula no

conforme subyace al interés general, y es este mismo interés que exige el mantenimiento del contrato [34].

La circunstancia de que la norma señale que la cláusula se tendrá por no convenida, no quiere decir que sólo se trate de su ineficacia, sino que la nulidad de las cláusulas ilícitas no afectará el resto del contrato [35].

Esta nulidad parcial no tiene un simple efecto amputador o excluyente del pacto nulo ni reductor de su alcance, como hemos referido. Por el contrario, la nulidad parcial que desencadenan las de estas características se caracteriza por producir un doble efecto: la invalidez y eliminación de la parte de la reglamentación contractual contraria o incompatible con la regulación legal y su sustitución por el contenido imperativamente establecido en la norma imperativa-sustitutoria infringida. Estas normas establecen una regulación del contenido contractual que tiene carácter necesario, lo que las convierte en inmunes a los actos de autonomía privada que traten de contradecirlas [36].

8. Conclusiones

a) El planteo inicial del problema es coincidente en casi todos los ordenamientos, en el sentido de establecer la nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas mediante técnicas que permitan la conservación del contrato, reforzando la posición jurídica del adherente o del consumidor o usuario en el contrato, de tal forma que el resto no se vea afectado por la nulidad (o inexistencia) de algunas de sus cláusulas.

b) De entenderse aplicable la doctrina de los actos inexistentes a las cláusulas abusivas, habrá que considerar que no pudo haber existido consentimiento del consumidor acerca del contenido de la condición impugnada, por lo que, al caer uno de los elementos estructurales del acto jurídico contrato, el consentimiento, la convención cuestionada deberá considerarse inexistente [37]. No debe preocuparnos la apariencia que revista la convención calificada de inexistente. Dice en ese sentido Puig Brutau que el calificativo de inexistente ha de referirse a un contrato que de alguna manera parezca existir o haberse celebrado. No tendría sentido calificar de inexistente a un imaginario contrato que nunca hubiese existido ni se hubiese intentado celebrar. Por tanto se trata de la manera más rigurosa de considerar que un supuesto contrato es radical o absolutamente nulo [38].

c) Es difícil precisar el sentido de algunos términos en atención al uso disímil que le han dado algunos autores [39]. En esa línea de pensamiento, si entendemos que el sentido de la privación de efectos de los arts. 988 y 1122, CCCN ha sido el de la inexistencia, cuesta compatibilizarlo con la facultad de los jueces de declarar su “nulidad parcial”, pues en tal caso debió hablarse de “inexistencia” de las cláusulas abusivas. Ya hemos visto que las consecuencias de la inexistencia es la no producción de efectos por carecer de fuente voluntaria.

d) Al considerarse inexistente una cláusula y luego facultar al juez a decretar la nulidad parcial, se está siguiendo la tesis negatoria, según la cual, la inexistencia no es otra cosa que un régimen agravado de nulidad, es decir, un modo más enfático de pronunciarse sobre la nulidad del acto y no otra cosa. A ello debe sumarse que el art. 382 no incluye a la inexistencia

como una categoría de la ineficacia de los actos jurídicos. No obstante ello, que el juez tenga la posibilidad de efectuar un análisis de los elementos del negocio, de modo de apreciar si se hallan reunidos los requisitos que permitan su identificación, constituye una valiosa herramienta para efectuar un mínimo control en un mercado absolutamente desregulado donde campea una libertad contractual total. Esa y no otra es una posibilidad que brinda la institución de la inexistencia [40].

[1] Cfr. López Mesa, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos – Procesales y Administrativos-, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, p. 157/161.

[2] Prieto Molinero, Ramiro J, “Inexistencia de los actos Jurídicos”, publicado en La Ley 01.04.08, LL 2008-B, 1181, cita online AR/DOC/680/2008

[3] Saux, Edgardo, “Digresiones elementales sobre la ineficacia de los actos jurídicos”, , La Ley, 1985-A, 862, p. 6 y 7, (edición electrónica, citada por Prieto Molinero, op. cit.

[4] CNCiv, Sala G, 27.03.95,m “Bottini, Agustín c. Tarek Made”, La Ley, 1995-E, 320 y DJ, 1996-I-148.

[5] Belluscio, Augusto C, “La teoría de la inexistencia y su aplicación al testamento”, en Estudios de Derecho privado, homenaje al Dr. Pedro León, n° 1, p. 74 y ss, y en su Derecho de Familia, Tª II, p. 35 y ss.

[6] Mosset Iturraspe, Jorge, “Contratos, Ediar, BsAs, 1978, p. 45

[7] “Código Civil y Comercial anotado”, Ricardo Luis Lorenzetti -Director-, Tº V, Rubinzal Culzoni, p. 599

[8] Mosset Iturraspe, Jorge, “Contratos”, Ediar, BsAs, 1991, p. 45.

[9] Santoro Pasarelli, “Doctrinas generales del derecho Civil”, trad española, sin fecha, p. 296

[10] De los Mozos, José Luis, “El negocio jurídico”, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 569, citado por López Mesa, Marcelo, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos – Procesales y Administrativos-“, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, p. 254

[11] TS Neuquén, 28.10.97, “Díaz, Carlos c. Pcia. de Neuquén”, La Ley, 1998-F, 135 y DJ, 1998-3-1001, citado por López Mesa, Marcelo, “La doctrina del acto inexistente y algunos problemas prácticos”, La Ley 2006-C, 1421.

[12] CNCiv, sala F, 13.10.80, “Consortio Propiedad Horizontal San Martín 975/981 c. González, Valentín “, ED, 92-559, citado por López Mesa, Marcelo, “la doctrina del acto inexistente y algunos problemas prácticos”, La Ley 2006-C, 1421.

[13] CNCiv, Sala F, 25.09.80, “Holland de Laszlo, Matilde E c. Modarelli, Silvia G. y o”, JA, 1981-I-425 citado por López Mesa, Marcelo, “La doctrina del acto inexistente y algunos problemas prácticos”, La Ley 2006-C, 1421.

[14] De Castro y Bravo, Federico, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 59/60

[15] Prada Márquez, Yolima. “De las cláusulas abusivas”, en Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI, Javeriana, Derecho Privado, Tº IV, Pontificia Universidad Javeriana, Temis, Bogotá, 2010, p. 327.

[16] Albaladejo, Manuel, “Derecho Civil. Introducción y parte general”, 5ª ed, Barcelona, Bosch, 1978, p. 396/397

[17] Stiglitz, Rubén S, “Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial Nuevo Código civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015, 25.02.2015, I, cita online AR/DOC/4738/2014

[18] Prada Marquez, Yolima, op. cit., p. 329.

[19] CNCiv. Sala D, 12.09.83, “Marin, Enrique c. Cicoletto de Araujo, s/Suc”, La Ley, 1984-A-479 y ED, 108-381

[20] CNCiv. Sala D, 12.09.83, “Marin, Enrique c. Cicoletto de Araujo, s/Suc”, La Ley, 1984-A-479 y ED, 108-381

[21] TSNeuquen, 28.10.97, “Díaz, Carlos a c. Pcia de Neuquen, La Ley, 1998-F, 135 y DJ, 1998-3-1001.

[22] Llambías, Borda, Compagnucci de Caso en López Mesa, “La doctrina del acto inexistente...”, art. cit.

[23] López Mesa, “La doctrina del acto inexistente...”, cit.

[24] De Los Mozos, José Luis. “El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)”, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1987, p. 591, citado por Vivas, Mario L, “Algunos efectos de la nulidad parcial de los contratos”, Publicado el 10/05/2011 elDial.com - DC15B4.

[25] Gómez de la Escalera, Carlos, “La Nulidad parcial del Contrato”, Actualidad Editorial S.A, Madrid, 1995, p. 47.

[26] De Los Mozos, José Luis. “El negocio...”, op cit, p. 591, cit. por Vivas, art cit.

[27] Cariota Ferrara, “El negocio jurídico”, trad del italiano de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p.236.

[28] De Los Mozos, José Luis. “El negocio...”, op. cit., p.592.

[29] Polo, Eduardo, Eduardo, “Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos”, Ed. Civitas S.A, Madrid, 1990, p. 112.

[30] Lorenzetti, Ricardo L, “Consumidores”, 2ª ed actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 304/305

[31] López Frías, Ana M. “Clases de Nulidad parcial del Contrato en el derecho español”, op. cit, p. 854/855.

[32] Gómez de la Escalera, Carlos, “La Nulidad...”, op. cit., p. 104/105

[33] Gómez de la Escalera, Carlos, “La Nulidad...”, op. cit., p. 92/98.

[34] Roppo, Vincenzo. “El Contrato”, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 796.

[35] Polo, Eduardo, “Protección del contratante...”, op cit, p. 115.

[36] Gómez de la Escalera, Carlos, op. cit. p. 97/98.

[37] Lorenzetti, “Consumidores”, op cit, p. 303/304

[38] Puig Brutau, José, “Fundamentos de Derecho Civil”, Bosch, Barcelona, 1988, Tº II, vol. I, m p. 283.

[39] Lorenzetti, “Consumidores”, op. cit, p. 305

[40] López Mesa, “Ineficacia...”, op cit, p. 255

El orden público contractual. Límites a la autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial Argentino

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Publicado en: Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 3 - Junio 2016 – 01/06/2016

Cita: IJ-XCVIII-465

[Consultado el: 26/11/2019]

Sumario

1. La autonomía de la voluntad. 2. La libertad contractual y de contratación como pilar de la autonomía de la voluntad. 3. La autonomía de la voluntad y el orden público en el Código Civil y Comercial. 4. La función del orden público en el contrato. 4.1. Los “fuertes” y los “débiles” en los contratos paritarios. Su función tutelar. 4.1.1. Obligación de saneamiento y responsabilidad por vicios ocultos. 4.1.2. Responsabilidad en el contrato de obra. 4.1.3. Destino de la cosa en la locación de inmuebles. 5. Conclusiones.

1. La autonomía de la voluntad

La expresión “autonomía de la voluntad” parece tomada de Kant, de su “Crítica de la Razón Práctica”, en cuanto refie-

re que sólo la ley que se dan las personas a sí mismas o juntamente con otras pueden fundar su obligatoriedad. Cuando se hace algo respecto de otro, es posible que se cometa alguna injusticia, lo que no sucede cuando se decide por sí mismo [2].

La noción de la autonomía de la voluntad quedó entronizada en el art. 1134 del Cód. Civil francés, determinando la irrevocabilidad de las convenciones, excepto por consentimiento mutuo o por las causas que autoriza la ley, y la ejecución de buena fe de lo convenido.

En vísperas de la revolución francesa la autonomía de la voluntad era un concepto revolucionario, ya que el régimen se sostenía en el corporativismo y la reglamentación [3].

Carnelutti [4] consideraba a la autonomía de la voluntad como la tercera fuente del derecho, juntamente con la ley y la jurisprudencia. La entendía como la “administración” (por la administración propia) y dentro de ella ubicaba a la administración jurídica bilateral (el contrato).

La noción colocaba a la libertad en la base de la actividad humana y la intervención estatal quedaba relegada a un papel secundario.

Hacia el siglo XIX la autonomía de la voluntad se proponía reducir al mínimo las exigencias del Estado, limitando su misión de garantizar el libre funcionamiento de esas autonomías; esto ha de constituir el sistema capitalista por medio de la libertad contractual. Es “dejando hacer a las voluntades que se obtiene el mejor resultado económico” (Adam

Smith). El dogma de la voluntad (willensdogma) estaba en la cúspide del pensamiento [5].

Savatier [6], en los albores del siglo XX sostenía que de la mística de la autonomía de la voluntad (cuya majestad del término admiraba), “sólo queda muy poco”.

Esa autonomía de la voluntad es producto del liberalismo político predicado por los filósofos del siglo XVIII y del liberalismo económico de los filósofos del siglo XIX. La ley Chapelier de 1791 precisa el concepto kantiano al declarar que no existen más sociedades en el Estado, no hay más que el interés particular y el interés general. El interés general sirve para la satisfacción de los intereses particulares [7].

Otros antecedentes pueden ubicarse en el derecho canónico (idea del pecado), o en el derecho natural (las leyes de la naturaleza son las que favorecen las sociedades humanas y no hay regla más apropiada que la que apoya el contrato en la voluntad de las partes).

Con el correr del tiempo, el poder público, de modo creciente, comenzó a limitar la libertad contractual, ligado ello a las transformaciones económicas, sociales y políticas que marcaron el paso del Estado liberal al Estado social. Las desigualdades económico sociales hacen que en un sistema liberal, los contratantes más débiles gocen sólo de una “libertad formal”, porque en sustancia su libertad es aplastada de hecho por el superior poder contractual de los contratantes fuertes. Puede pensarse en algún remedio en el plano de la autonomía privada, a través de la auto organización de los contratantes débiles (por ejemplo, de los trabajadores reunidos en sindicatos) y el

consiguiente ejercicio de una autonomía colectiva. Pero en el Estado social se afirma la idea de que corresponde también al Poder público intervenir. Se considera que, en efecto, es tarea del poder público asegurar a los ciudadanos libertad e igualdad no sólo en sentido formal, sino también en sentido sustancial, y en todo caso, la de impedir que la búsqueda del interés privado dañe al interés general [8].

2. La libertad contractual y de contratación como pilar de la autonomía de la voluntad

Para FERRI [9] la autonomía de la voluntad limita el concepto del campo a la voluntad real o psicológica y la sustituye por la idea de la autonomía privada o autoregulación de intereses propios, que es más racional y justificada como acto o precepto de autonomía privada o autoregulación de intereses propios.

La autonomía de la voluntad es el querer o desear; el concepto de autonomía privada es más abarcativo pues encierra además el poder de disponer o crear su propio reglamento.

La autonomía privada es la posibilidad de cada sujeto de derecho de alterar su situación jurídica por la propia iniciativa [10] y se encuentra asentada sobre el principio de autodeterminación y de autoresponsabilidad.

La autodeterminación, como el poder ético de asumir obligaciones y concluir contratos. Es un mínimo, pero exige además justicia contractual.

La autoresponsabilidad, como obligación de la persona a hacerse cargo del propio comportamiento y sus consecuencias, o sea el deber de respetar la palabra empeñada.

Es decir, todo el sistema se asienta en la idea de la libertad, lo que significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y luego decidir sobre su contenido.

En definitiva, la autonomía de la voluntad era (y es) ante todo libertad de contratación y es útil para explicar el porqué de la fuerza obligatoria del contrato [11].

Frente a este cuadro de situación, pensemos en las categorías de contratos que contempla el CCCN, a saber: a) contratos discrecionales, negociados o paritarios; b) contratos de adhesión a condiciones generales predispuestas; c) contratos de consumo. Así lo señala la doctrina contemporánea al afirmar que el sistema queda ordenado de la siguiente manera: a) contratos discrecionales, en ellos hay plena autonomía de la voluntad; b) contratos celebrados por adhesión, cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, donde hay una tutela basada en la aplicación de este régimen; c) contratos de consumo, cuando se prueba que hay un contrato de consumo, aplicándose el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante [12].

3. La autonomía de la voluntad y el orden público en el Código Civil y Comercial

El viejo precepto del art. 1134 del Code francés, al que nos referíamos al principio, como una forma de manifestación de individualismo a ultranza, no ha resistido el paso del tiempo. Ese precepto que difundió su luz a muchos de los sistemas de derecho civil del mundo, incluyendo a nuestro viejo Código Civil no permitía la posibilidad de que una de las partes declarara unilateralmente su rescisión o que un juez lo revisara. Como se trataba de un acuerdo entre iguales y libres, era necesariamente justo, lo que significaba que la justicia contractual venía necesariamente atada al acuerdo.

Sin embargo, la realidad contractual de nuestro mundo contemporáneo es otra: a menudo se experimentan casos en los que se evidencia la desigualdad de las partes. Ese desequilibrio de fuerzas se manifiesta concretamente en la elaboración unilateral del contrato por la parte que dispone del poder de negociación [13], como sucede en los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, o, inclusive, por vía de excepción, a contratos denominados “paritarios”, pero donde la necesidad de contratar de alguna de las partes se presta a abusos o excesos [14].

Sucede que la justicia contractual a la que nos referíamos antes se encuentra íntimamente vinculada con el orden público.

La concepción voluntarista decimonónica no tiene cabida en nuestros días, y esa decadencia ha sido explicada en la doctrina desde distintos ángulos. Nos persuade la explicación de

Starck [15], quien analiza el debilitamiento de la autonomía de la voluntad desde distintos planos: el filosófico, constatando que el hombre vive en sociedad meramente y está sujeto a vínculos de interdependencia; el moral, constatando que no teniendo los contratantes una posición de igualdad económica y social, los más fuertes imponen la ley; el económico, pues la orientación de la economía demuestra que su desarrollo se ha hecho a expensas de la autonomía. Starck concluye que la autonomía de la voluntad es un mito perimido.

Algunos autores, concluyen que el juicio crítico lleva a reconocer que ha habido una exageración del poder de la voluntad humana y se han desconocido las necesidades de la vida social [16]

Nosotros entendemos que lo que pudo significar una concepción adecuada a los tiempos de oro del liberalismo económico, para los tiempos que corren esta concepción se ha tornado anacrónica.

El Código Civil y Comercial argentino vigente no ha sido ajeno a la realidad contractual contemporánea y, afinando el concepto de autonomía de la voluntad, que dejó de consistir en la supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales para convertirse en un principio relativo y subordinado a los límites que les son inherentes [17], la ha consagrado en el art. 958. La norma dice que “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

Esa norma responde a una más general, ubicada en el art. 12, que en su primera parte, conserva casi textualmente la letra del anterior Código: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público..” .

El contrato dejó de ser ley para las partes: es obligatorio para las partes y su contenido puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o cuando la ley lo prevé (art. 959), pero los jueces pueden modificar las estipulaciones cuando afecta, de modo manifiesto, el orden público (art. 960).

En definitiva, el orden público atiende a razones que, extrañas o no al ordenamiento jurídico, le suministran imperatividad, en tanto, las normas imperativas son aquellas cuyo rango preferente se lo suministra siempre el orden jurídico [18], tal como sucede en el Código Civil y Comercial, que establece una prelación normativa (art. 963) y de integración (art. 964), poniendo en la cúspide del sistema a las normas indisponibles.

4. La función del orden público en el contrato. Su función tutelar

La noción de orden público, aplicable a ámbitos tan diversos como el penal, el administrativo, el internacional, el económico o el derecho privado, no es de fácil configuración [19]. Ya lo decía el Marqués Vareilles Sommiers, definirlo es “un verdadero suplicio para la inteligencia” [20].

El principio de orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco, y en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento de su evolución histórica. Su concepto es inmutable; lo que varía es su contenido [21].

Su fuente responde al principio consagrado en el art. 19, CN y las disposiciones concordantes del bloque de constitucionalidad federal, y por ende, atraviesa en forma transversal a todas las ramas del derecho.

En lo que aquí interesa, el orden público cumple una función en los contratos, tanto desde un punto de vista intrínseco como desde otro extrínseco, que guardan directa relación con la justicia conmutativa y la justicia distributiva, respectivamente.

En el primero de los casos, su función es garantista. En el segundo, su función es dirigista.

En el primero tiene carácter "político y moral" -actuando como límite al obrar de los particulares-, o "económico-social" -imponiendo determinadas conductas o comportamientos sea con fines de "dirección" de la economía o de "protección" de los débiles [22]. Responde aquí a cuestiones inherentes a las políticas económicas y sociales que limitan el campo de maniobra de los contratantes.

No obstante, sea en una o en otra, la finalidad del orden público es eminentemente tutelar y en ambos campos difunde su influencia en los contratos.

En un caso, lo hace hacia el aspecto interno del contrato, regulando la libertad de contratación, en los elementos esenciales, sea el consentimiento, el objeto o la causa.

En el otro aspecto, lo hace en sus externalidades, protegiendo el bien común.

4.1. Los “fuertes” y los “débiles” en los contratos paritarios

Entre una y otra categoría, y por vía de excepción, el orden público protege, aun en los contratos paritarios, a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad jurídica, social, económica o cognoscitiva, estableciendo reglas y principios que permiten superar desigualdades estructurales.

De allí que el Código Civil y Comercial, no se limita a proteger la licitud o no de un acto (aspecto intrínseco) ni a la regulación de las políticas económico sociales (aspecto extrínseco), sino que avanza también sobre las relaciones contractuales privadas paritarias, entre “iguales”, protegiendo a los más vulnerables desde los puntos de vista señalados.

Es decir, en los contratos denominados “paritarios” o “entre iguales” también suele ponerse frente a frente al “débil” y al “fuerte”.

De ese modo, cuando se señala que en los contratos discrecionales, paritarios o negociados hay plena autonomía de la voluntad, advertimos que ello es así por regla general, pero

admite excepciones, pues el orden público, a la luz del nuevo Código viene a funcionar también como un nuevo dique de contención de la plena autonomía aun entre ellos, cuando está en juego la vulnerabilidad de una de las partes.

4.1.1. Obligación de saneamiento y responsabilidad por vicios ocultos

Uno de los supuestos a los que nos referimos, es el del art. 1038, inc. b referido a las cláusulas de supresión o exclusión de la responsabilidad en los supuestos de saneamiento, cuando el enajenante se desempeña profesionalmente en la actividad relativa a la enajenación y el adquirente no.

No cabe duda que se encuentra involucrado el orden público por razones de vulnerabilidad (denominado por la doctrina “orden público de protección” [23]).

En efecto, el art. 1038 prevé que toda limitación de la responsabilidad por saneamiento deba tenerse por no convenida en dos supuestos: 1. si el enajenante tuvo posibilidad de conocer el riesgo de evicción o la existencia de vicios ocultos en la cosa, aun cuando no haya tomado conciencia de ellos, porque no puede válidamente invocar su falta de diligencia como eximente; y 2. si el enajenante es un profesional en el área de la actividad de mercado de la que se trate y la contraparte no, pues de ser ambos profesionales en la materia a la que se refiere la enajenación, la cláusula de limitación será válida.

Ello, establece una exigencia de diligencia acorde con lo normado en el art. 1725 CCyC, que determina 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 la previsibilidad de las consecuencias [24].

La norma relacionada, es decir, el art. 1725 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 al ejercicio de los derechos y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos negociados o paritarios a la buena fe (art. 9), 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) [25].

El art. 1038 tiene por no convenidas las cláusulas de supresión y disminución de responsabilidad, lo que predica, a mi juicio, sobre su inexistencia.

Por su parte, el art. 1040 contempla la subsistencia de la responsabilidad en beneficio del acreedor del saneamiento cuando no se desempeñe en la actividad en cuestión (art. 1040 última parte, respecto de los casos enumerados en los incs. a) y b).

También el caso del art. 1053, inc. a) prevé la subsistencia de la responsabilidad por defectos ocultos cuando la posibilidad de conocerlo revista características especiales de complejidad y se requiera para ello de cierta preparación científica o

técnica, debiendo aplicarse los usos del lugar de la entrega. El inc) b contempla la inversión de la carga de la prueba, a los fines de determinar la inexistencia del defecto (quedando en cabeza del enajenante) cuando el deudor actuara profesionalmente en la actividad de que se trate.

Algo similar ocurre en el art. 1054. Para esta norma no serán defectos ocultos: 1. los defectos aparentes, ostensibles o manifiestos que el adquirente pudo haber conocido por medio de la práctica de un examen ordinario. En caso de ser requerida una preparación científica o técnica para la evaluación, se aplicarán los usos del lugar de la entrega, a fin de determinar qué puede considerarse vicio oculto y qué no, así ocurre, por ejemplo, con la compra de hacienda; y 2. los defectos que al momento de la adquisición no existían y sobrevienen después del momento de la adquisición de la cosa y que, en modo alguno, se encontraban presentes en ella al tiempo de la tradición. La prueba sobre la existencia del defecto al tiempo de la tradición incumbe al adquirente, salvo que el enajenante sea un profesional del área de mercado, en cuyo caso se invierte la carga. De tratarse de una cuestión que requiere especiales conocimientos, dicha prueba deberá también estar destinada a acreditar tal circunstancia [26].

4.1.2. Responsabilidad en el contrato de obra

Otro supuesto es el del art. 1276. En él se señala que se tendrá por no escrita, la cláusula cuando, en un contrato de obra, se dispensa o se limita la responsabilidad por daños que comprometen su solidez y estuviere realizada en inmueble

destinada a larga duración o que la hagan impropia para su destino.

Los autores señalan que se trata de una excepción a la libertad de contratación, por razones de orden público, habida cuenta de las implicancias sociales y económicas de la seguridad y estabilidad de las construcciones de inmuebles, y en resguardo de los intereses del comitente visto desde la lógica de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas o de los contratos de consumo [27], aunque se trate de un contrato paritario.

El orden público ínsito en esta norma protege tanto la peligrosidad de las construcciones de inmuebles que puedan sufrir ruina, como los intereses del comitente, y no necesariamente el contrato que les da sustento ha de ser de adhesión o de consumo.

El art. 1276 dispone lisa y llanamente inexistencia de la cláusula (“se tiene por no escrita”), pese a que el enunciado de la norma se refiere a la “nulidad”, lo que constituye, a mi juicio un error conceptual (en el caso que se equipare a la nulidad con la inexistencia) o de técnica legislativa. Tener por no escrita una cláusula no es equivalente a considerarla nula [28].

4.1.3. Destino de la cosa en la locación de inmuebles

Un tercer ejemplo, lo vemos en el art. 1196 en el marco de las locaciones con destino habitacional.

La norma señala que “Si el destino es habitacional, no puede requerirse del locatario: a. el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes; b. depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado; c. el pago de valor llave o equivalentes.

Esta disposición contiene un claro espíritu protectorio a favor del locatario de inmuebles destinados a vivienda. La casuística que señala atiende a garantizar la no vulnerabilidad del arrendatario, que en función de su móvil para contratar (el acceso a la vivienda) podría verse especialmente afectado en la negociación, por imposiciones del locador, que en atención al contexto particular de contratación, pudiera ejercer un claro y mayor poder de negociación en la etapa previa a la celebración del contrato.

Con la vigencia del nuevo Código, la anticipación en los alquileres debe limitarse al periodo inmediato a devengarse, el cual será, a su vez, el monto máximo que abonará el locatario por cada periodo que transcurra hasta la finalización del contrato. De este modo se evitan prácticas nocivas para el locatario consistentes en imponer como condición que abone, por ejemplo, seis o doce meses por anticipado, para asegurarse el locador un cumplimiento prolongado. También le pone límites al monto de depósito en garantía. Las razones son las mismas que el límite impuesto al pago máximo de un mes por anticipado: la mala práctica para el locatario urgido por la necesidad de una vivienda. Finalmente, prohíbe el pago de valor llave o equivalente. El valor llave, generalmente vinculado con el tráfico y explotación de establecimientos comerciales, es una suma de dinero que representa el derecho de acceso al

inmueble, considerando los beneficios lucrativos que se obtendrán por ello, con entidad de expectativa. Es, en consecuencia, totalmente ajeno a la locación habitacional, ya que el locatario, lejos de obtener un beneficio económico de lucro con la contratación, tiene como móvil esencial y determinante habitar el inmueble. En consecuencia, la norma se destina a evitar un abuso del locador [29].

Me permito poner en duda la afirmación que la doctrina formula en el sentido que el fin protectorio de esta norma no obsta a la vigencia de la libertad de negociación (art. 990)[30], pues si bien ello es cierto, no es menos cierto que las condiciones impuestas por el locador en este sentido suelen ser determinantes para que el contrato cobre vida.

Finalmente, en el caso del art. 1196, la doctrina sostiene que el locatario puede solicitar la restitución de lo pagado de más [31].

5. Conclusiones

En los contratos paritarios, la autonomía de la voluntad humana, que constituía su propia ley y creaba su propia obligación ha dado paso, con el nuevo Código, a una concepción relativa, subordinada a los límites que le son propios.

El contrato paritario es un instrumento de previsión de futuro, sensible a los cambios de la realidad social. Constituye un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista y debe asegurar la libertad y la igualdad entre las partes. Aun en esta categoría (pa-

ritarios, discrecionales o negociados), distinta de la correspondiente a los de adhesión a cláusulas predispuestas y de consumo, también suelen evidenciarse en el nuevo texto las figuras del “poderoso” frente al “débil”, aunque pasen más desapercibidos que en las otras dos.

Allí, el Estado, a través de su política legislativa interviene sin hesitación, procurando restablecer el equilibrio contractual perdido.

De modo tal que esa dicotomía ya no es exclusiva de los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas o de los de consumo. En éste último – que suele quedar abarcado por el primero- el principio general es el “favor debilis” (art. 1095) y en los negociados constituye una excepción a la regla de la libertad de contratación (art. 958).

De allí que la autonomía privada de estos últimos es la regla general que reconoce excepciones como las enumeradas a título de ejemplo en los párrafos precedentes, respondiendo a variadas razones: de conocimientos especiales de una de las partes, como es el caso de los arts. 1038, inc. b, 1040, 1053 y 1054; de interés general y evitación de abusos, como es el caso del art. 1276 y el del 1196.

En definitiva, si bien el contrato no constituye un fin en sí mismo, es indispensable que propenda, sea cual sea su categoría en el ordenamiento jurídico positivo, hacia fines éticos y de utilidad social, teniendo en mira a su protagonista, que en última instancia siempre es el hombre.

[2] CARBONNIER, Droit Civil, t. 4, Les obligations, p. 49, n.11

[3] REZZONICO, Juan C. Principios Fundamentales de los contratos- Ed. Astrea. Bs.As. 1999.p189 y ss.

[4] CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Derecho, trad. Javier OSET, Ed. Revista de derecho Privado, Madrid, 1955, p. 86, n^a 28.

[5] CARBONNIER, Droit, op. cit, p. 49, n.11

[6] SAVATIER, René, Les metamorphoses economics et sociales du droit civile d'aujourd'hui –d'hui, Premiere serie, p. 21, n^o 16.

[7] REZZONICO, Juan C. Principios..., op. cit.p192, citando a FARJAT, Droit privé de l'economique, p. 50.

[8] ROPPO, Vincenzo, El contrato, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 67

[9] FERRI, Luigi. La autonomía Privada, tr. L. Sancho Mendizabal. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969, p.5.

[10] PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Ed. Bosch. Barcelona. 1954. t^a II Vol. I, p.261.

[11] CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO, (Ricardo Luis Lorenzetti – Director-), T^o V, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 536.

[12] CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL..., op. cit, Lorenzetti, T^o V, p. 638.

[13] CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL..., op. cit, p. 538.

[14] Tal lo que sucede en los contratos de locación de inmuebles con destino de vivienda en épocas que escasean los créditos hipotecarios, o con procesos inflacionarios que imponen ajustes periódicos en el canon locativo que superan en exceso los aumentos salariales.

- [15] REZZONICO, Juan C. Principios..., op. cit, p 201.
- [16] REZZONICO, Juan C. Principios..., op. cit, p 197.
- [17] CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL..., op. cit., T° V, p. 538
- [18] CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, op. cit., T. V, p. 560.
- [19] SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Ed. Depalma. Bs.As. 1982. Contratos. Vol.I. p28.
- [20] PIÑON, Benjamín P, Orden público, 1995-III-812
- [21] PIÑON, Benjamín, El orden público en la Constitución, en la Ley y en el derecho, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-3, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 8.
- [22] CARBONNIER, Jean, "Derecho Civil", estudio introductorio y traducción de la 1ª edición francesa con adiciones de conversión al español por Manuel María Zorrilla Ruiz, t. II, Vol. II, p. 266, Bosch, Barcelona, 1971; IRTI, Natalino, "Introduzione allo studio del diritto privato", p. 87, Cedam, Padova, 1990; LINARES, Juan Francisco, "El concepto de orden público", Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Año XXVII, Segunda Época, Número 20; LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas fundamentales de derecho privado", p. 473 y sigtes., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995; PIÑÓN, Benjamín P., "Orden público", JA, 1995-III-812; SACCO, Rodolfo, "Il contratto", t. 2, p. 93 y sigtes., Utet, Torino, 1993; VIGO, Rodolfo, "Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial", Depalma, Buenos Aires, 2000 y FRESNEDA SAIEG, Mónica, ESBORRAZ, David y HERNÁNDEZ, Carlos, "Norma de orden público...", op. cit., p. 1, citado por Esborraz, David F.Fresneda Saieg, Mónica L.Hernández, Carlos A en Reflexiones sobre el orden público en materia locativa, publicado en LA LEY 2004-A , 137, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V ,

773 Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I (SCMendoza)(SalaI), 2003/06/10, Triunfo Coop. de Seg. Ltda. en: "Consolidar A.F.J.P. c. Triunfo Coop. de Seg. Ltda., Cita Online: AR/DOC/11413/2003

[23] CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO, (Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Directores) Ed. Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, www.infojus.gob.ar, T° I, p. 42

[24] CÓDIGO...Ed. Infojus, op. cit., T° III, p. 439/440

[25] CÓDIGO, Ed. Rubinzal Culzoni, op. cit, T° VIII, p. 416.

[26] CÓDIGO....Ed. Infojus, op. ct, T° III, p. 450

[27] CÓDIGO...,Ed. Rubinzal Culzoni,op. cit, T° VI, p. 834/835

[28] Ver mi artículo: Cláusulas abusivas. Su ineficacia en el Código Civil y Comercial, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, n° 2, noviembre de 2015, Ed. IJ Editores.

[29] CÓDIGO....Ed. Infojus, op. cit, T° III, p. 583

[30] CÓDIGO... Ed. Infojus, op. cit, T° III, p. 583

[31] CÓDIGO....Ed. Rubinzal Culzoni, op. cit, T° VI p. 582.

Argentina Provincia de Tucumán / Modificación del Importe Previsto en el art. 17, segundo párrafo, de la Ley N° 8467 (Decreto N° 233/3 (ME) - 22/11/2019)

Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Principales aspectos de la reforma

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Publicado en: Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 4 - Diciembre 2016 – 01/12/2016

Cita: IJ-CCLI-795

[Consultado el: 26/11/2019]

Sumario

1. Introducción. 2. La unidad basada en la finalidad. 3.1. El tratamiento de la responsabilidad Civil en el Código de Vélez. 3.2. El tratamiento de ambas parcelas en el nuevo CCCN argentino. 3.3. Diferencias en la unidad. 4. Extensión del resarcimiento. 5. Prescripción. 6. Mora e intereses. 7. Factor de atribución. 8. La reparación del daño. 9. Pluralidad de responsables. 10. Conclusiones

1. Introducción

Los Códigos del siglo XIX, entre ellos el de Vélez, siguiendo el modelo francés, consagraban una neta división entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Varios fundamentos fueron avanzados por la doctrina de esa época para fundar esa postura “dualista”; entre otras cosas, se decía que los intereses en juego eran distintos en cada uno de esos sectores, porque mientras la responsabilidad contractual tutelaba únicamente el interés de las partes, plasmada en un derecho relativo (el de crédito), la extracontractual protegía derechos absolutos, y se ponía en funcionamiento ante una violación de la ley, lo que implicaba que en este último caso estaba comprometido el interés general [1].

Sin embargo, un largo proceso que tuvo lugar a partir de los últimos años del siglo XIX fue dando por tierra con esa neta distinción entre las dos esferas. Si bien pueden identificarse varios fenómenos como determinantes de esa evolución, sin duda alguna el más importante de ellos fue el cambio de eje de la responsabilidad civil que pasó de castigar a un responsable a pretender resarcir todo daño injustamente sufrido. Desde esta última perspectiva, carece de sentido que la reparación de perjuicios que son idénticos esté sujeta a un régimen distinto según ese daño resulte del incumplimiento de una obligación o de la violación del deber general de no dañar [2].

Sucedo, sin embargo, que el ámbito aquiliano se ha mostrado, de cuatro décadas a la actualidad, más permeable a los avances del “derecho de Daños”. Así, puede observarse que los factores objetivos de imputación y la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, por ejemplo, han tenido un desarrollo que no se exhibe en el ámbito contractual.

La “actividad peligrosa” y las “cosas riesgosas” no han sido receptadas, cuando de incumplimiento a un deber preexistente se trata. Se discutía si el art. 1113 reformado del Código de Vélez, al hablar de “riesgo” para el ámbito extracontractual, era también de aplicación en el ámbito obligacional [3].

Pude señalarse que, contra los avances del ámbito extracontractual, acorde con los cambios económicos y sociales (a partir de los avances industriales, científicos y tecnológicos), ha existido una resistencia del ámbito contractual a adaptarse a ese nuevo fenómeno, cuando en verdad su incidencia se ha producido con similar agudeza.

En nuestro país, hace ya tiempo que existía consenso doctrinal en el sentido de propiciar una reforma del CC que unificara los dos subsistemas de responsabilidad. Esta corriente ya había tenido, incluso, manifestaciones concretas en algunos microistemas, como sucede con la ley 24.240, que regula de manera unitaria los daños sufridos por los consumidores en el ámbito de la relación de consumo [4].

Actualmente se afirma que la responsabilidad civil es un fenómeno unitario, y que ambas órbitas comparten la misma finalidad (resarcir todo el perjuicio injustamente sufrido) y los mismos elementos (antijuridicidad, relación causal, factor de atribución y daño), justificando su regulación unitaria.

2. La unidad basada en la finalidad

En la segunda acepción del diccionario de la Real academia española, “unificar” significa “Hacer que cosas diferentes

o separadas formen una organización, produzcan un determinado efecto, tengan una misma finalidad”.

Lo que se ha hecho, precisamente, es que el sistema de la responsabilidad, en ambas órbitas, posea una misma finalidad.

Unificación no es, en el caso en análisis, equiparación absoluta. En tal caso se estaría confundiendo “unificación del régimen legal de la responsabilidad” con “homogeneidad en todos los aspectos del régimen”, cuando en verdad, en el CCCN la aplicación de dichas reglas comunes se limitan a la identidad de finalidad y de presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad, pretendiendo lograr también, en principio, una unidad de efectos.

Digo ello, pues en este nuevo régimen, no se subsume al contrato en el hecho ilícito, ni se desconoce la diferencia estructural entre uno y otro hecho generador.

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 reglas [5].

Esa imposibilidad de equiparación absoluta se debe a una circunstancia eminentemente estructural, diferente en el contrato y en el hecho ilícito. La distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, dice Viney, no puede ser negada en relación a la distinta estructura del hecho generador del deber de reparar.

La utilidad del contrato, afirma la autora, consiste en crear entre las partes obligaciones que la ley no prevé, y esa especificidad de los vínculos contractuales sería completamente abolida si pudieran sustituirse esas obligaciones personalizadas por los deberes generales que la ley impone para las relaciones entre terceros. Pero una vez incumplido el convenio, no hay razón para hacer diferencias, en orden a la reparación, entre las consecuencias de ese incumplimiento y las que surgen de la comisión de un ilícito aquiliano. En otras palabras, la unificación de las dos órbitas de responsabilidad no diluye la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito, sino que se propone, simplemente, unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolas, salvo casos de excepción, a las mismas reglas [6].

Esa es, sin ninguna duda, la concepción adoptada por la Comisión de Reformas. En los fundamentos que la mencionada Comisión acompañó al Proyecto se dice que: “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”. 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 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 [7].

Corresponde entonces estudiar las situaciones en las que la responsabilidad contractual recibía en el CC de Vélez un tratamiento diferenciado, y las que recibe en la actualidad en el nuevo CCCN argentino.

3.1. El tratamiento de la responsabilidad Civil en el Código de Vélez

En el CC de Vélez eran marcadas las diferencias de tratamiento de la responsabilidad civil según cuál fuera la causa que la determinara: incumplimiento del contrato o violación del deber general de no dañar a otro (arts. 505 a 514, 622, 901 a 907, 1066 a 1136).

En tal sentido, el art. 1107 consagraba la regla de la inaplicabilidad de los principios de la responsabilidad civil extracontractual en casos de incumplimiento contractual, salvo que el hecho constituyera un delito del derecho penal. En ese caso, el damnificado podía optar por cualquiera de los dos regímenes. De esa manera, la norma del art. 1107 funcionaba como una barrera entre ambas responsabilidades, impidiendo que los que ejercitaban sus acciones por daños emergentes del incumplimiento de las obligaciones pretendieran ingresar en el campo de los hechos ilícitos.

La regla normativa, pese a forzadas interpretaciones, era la diversidad de regímenes según fuera la fuente de la responsabilidad (arts. 519 a 522, 901 a 909, 1066 a 1072, 1073 a 1136, y cc, Cód. Civil).

- a) La fuente de la obligación era el contrato.

b) La extensión del resarcimiento variaba según cada una de las órbitas: el resarcimiento se extendía en la responsabilidad extracontractual a las consecuencias inmediatas y las mediatas, y podía comprender también las casuales cuando mediaba dolo del autor del daño -arts. 903 a 905 CC-, mientras que el deudor que incumplía una obligación únicamente debía indemnizar —en principio— las consecuencias “inmediatas y necesarias” (art. 520 CC), y las mediatas sólo en caso de incumplimiento “malicioso” (art. 521 CC). Se requería en ambos casos una relación de causalidad adecuada;

c) La acción para reclamar el resarcimiento en la responsabilidad aquiliana prescribía a los dos años (art. 4037 CC), mientras que en la esfera contractual se aplicaba —en principio— el término genérico de diez años (art. 4023 CC);

d) Aun 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 interpellar al deudor. Es decir, la mora del deudor era, según la constitución de la obligación, exigía la previa interpelación o era automática;

e) La obligación de una pluralidad de contratantes era, por regla, simplemente mancomunada, en tanto la derivada de un hecho ilícito cometido por varios coautores, era solidaria.

f) El factor de atribución era esencialmente objetivo en la responsabilidad contractual, con fundamento en la obligación de seguridad, según algunos autores; para otros, en cambio,

era subjetivo basado en el concepto de culpa del art. 512. La responsabilidad objetiva contractual implicaba que el acreedor no debía probar la culpa del deudor, salvo que se tratara de una obligación de medios. Citando a Sagarna, Nicolau señala que la responsabilidad contractual corrió sus límites, y en ella se enriqueció la justicia con la obligación de seguridad [8]

g) En la responsabilidad contractual se reparaba el daño material y el moral, y se resarcía el daño al interés positivo o interés de cumplimiento. El resarcimiento del daño moral encontraba divididos a los autores, en virtud de la redacción del art. 522;

h) Para la doctrina clásica, la ilicitud es un elemento estructural y está referida especialmente al incumplimiento ya sea total, parcial, tardío o defectuoso [9].

3.2. El tratamiento de ambas parcelas en el nuevo CCCN argentino.

El art. 1716 del nuevo CCCN argentino viene a unificar expresamente la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Su texto señala: “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”.

En otras palabras, cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño (la violación del deber general de no dañar —fuente de la responsabilidad extracontractual—, o el incumplimiento de una obligación —fuente de la “contractual”—)

la responsabilidad se rige, en principio, por las mismas reglas. Concordemente, y a salvo las excepciones que luego mencionaré, las normas que integran el Capítulo I del Título V del Libro Tercero del Proyecto, consagradas a la responsabilidad civil (arts. 1708 a 1780), se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y la extracontractual[10].

En particular, la unificación comprende —con una importante excepción— a las dos diferencias de regulación más importantes entre las dos órbitas de responsabilidad que, según se señaló, consagra el Código vigente [11].

3.3. Diferencias en la unidad

a) Fuente obligacional y acto ilícito. La antijuridicidad

Debe señalarse a priori que es más preciso referirse a responsabilidad obligacional o por incumplimiento obligacional, por un lado y responsabilidad por actos ilícitos, por el otro. Surge ello claramente de lo dispuesto en el art. 1716.

No se trata de una simple cuestión semántica, sino que tiene aplicaciones prácticas.

Tal como lo redacta el CCCN, la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación implica que el deber vulnerado constituye una verdadera “obligación”, sin atenerse a su origen. Esto es, incluye además de los contratos, a los cuasicontratos, las obligaciones legales y los actos de voluntad unilateral. Es decir, habrá responsabilidad contractual aun cuando no tenga por fuente a un contrato, sino cuando se

viole el deber jurídico impuesto por una obligación preexistente. Lo que ubica a la responsabilidad dentro del ámbito contractual o fuera de él, no es la fuente de la obligación sino el carácter de ésta.

Si el deber es genérico de no dañar o indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos, su violación importa un supuesto de responsabilidad extracontractual; si por el contrario, el deber es preexistente y específico en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera sea su fuente, la responsabilidad es contractual.

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 en los arts. 1716 y 1749 del CCCN, 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.

Cuando se habla de antijuridicidad en el nuevo CCCN se hace referencia a un concepto puramente objetivo, en cuanto no es necesario tener presente la voluntariedad del sujeto. Comprende no sólo lo prohibido expresamente por ley, sino también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público, pues se trata de principios y valores inmanentes tutelados e impuestos por múltiples preceptos positivos del Derecho argentino. En definitiva, la ilicitud no se confunde con ilegalidad; y será antijurí-

dica cualquier conducta que vulnere la regla del alterum non laedere. En este sentido, gravitó notoriamente la influencia del principio constitucional de no dañar a otro, previsto en el art. 19, Constitución Nacional [12].

Los arts. 1717 a 1720, del CCCN receptan una antijuridicidad superadora de la antijuridicidad formal y consagran la antijuridicidad material, ya que se refieren al daño causado por una acción no justificada. En el nuevo régimen vigente, se presume la antijuridicidad si no está justificada. Así lo señala el art. 1717, CCCN al expresar que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. En el marco de la constitucionalización del Derecho Privado, el art. 1717, CCCN recepta el principio del alterum non laedere como fundamento del deber de reparar, el que constituye el primer precepto jurídico y moral de toda sociedad civilizada y asimismo un principio general del derecho [13].

El CCCN es original en el sentido de que el incumplimiento es el fundamento de la responsabilidad contractual. Ello resulta tanto del art. 1716 como —muy especialmente— del art. 1749, que establece la responsabilidad directa de quien incumple una obligación. Por consiguiente, en la medida en que exista una obligación incumplida habrá responsabilidad del deudor [14].

Sin embargo, aun cuando la obligación haya sido incumplida, el deudor podrá exonerarse si acredita que el cumplimiento había devenido imposible en los términos de los arts. 955 y 1732. De conformidad con esas normas, la imposibilidad sobrevenida 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 [15].

Es decir que también en este punto refleja el diferente rol que el *casus* juega en una y en otra esfera: 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 él solo tiene virtualidad para exonerar si se traduce en una imposibilidad de cumplimiento que reúna los caracteres propios (sobreenvenida, objetiva, absoluta y definitiva producida por caso fortuito o fuerza mayor art. 955 y 1732), y que, en consecuencia, provoque la extinción del vínculo[16].

4. Extensión del resarcimiento

La relación causal, como presupuesto de la responsabilidad civil, tiene dos consecuencias significativas: permite determinar quién es el autor del daño (es decir, la autoría del hecho y cuáles son las consecuencias resarcibles (es decir, la extensión de la responsabilidad) [17].

En cuanto a la extensión del resarcimiento, el art. 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, que no surjan de contratos paritarios. Hasta allí, el principio general que rige para ambas esferas.

En efecto, si bien el CCCN, en materia de relación causal, adopta como principio general la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726), conforme lo ya señalado, que incluye a los contratos de consumo, se aparta de ese principio general y establece un parámetro distinto para los contratos paritarios: el deudor incumplidor responde por las consecuencias que las partes (y no un hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (y no al momento del hecho), según el art. 1728. El criterio de 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 [18].

Es claro, entonces, que para los contratos celebrados de manera paritaria, el CCCN ha adoptado el criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar, pero también lo es que de ningún modo ello implica un retorno a la idea del “daño intrínseco”. Esta última categoría, en puridad, alude al valor de la prestación, razón por la cual el art. 1728 del CCCN, que se refiere a los daños propiamente dichos, nada tiene que ver con ella. Según los casos, las partes pueden haber previsto daños que, desde el punto de vista de la clasificación del art. 1727 (donde explica qué es una consecuencia inmediata, una consecuencia mediata y una consecuencia casual) no se limitan al daño intrínseco [19].

Otra postura doctrinaria, entiende que son trasladables a lo contractual las categorías de la responsabilidad extracontractual, pero que el art. 1728 debe entenderse como una ex-

cepción al art. 1726, y que en materia contractual, para que se reparen las consecuencias mediatas las partes tienen que haberlas previsto o haberlas podido prever al momento de contratar. Si no hay pacto expreso, la carga de demostrar que se previeron las consecuencias mediatas incumbe al acreedor. En la misma orientación se sostiene que el límite en ambos casos son las consecuencias mediatas previsibles [20].

5. Prescripción

Así, en materia de prescripción liberatoria el art. 2561 2º párrafo 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 otros plazos para supuestos especiales (diez años para la acción por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces —art. 2561, párr. 1º—, y 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—). Asimismo, las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles (art. 2561, in fine). Se advierte que el criterio de distinción para establecer cada uno de los plazos de prescripción no ha sido si las acciones tenían o no carácter contractual.

No obstante, hay que hacer un distingo entre el reclamo del valor de la prestación (*aestimatio rei*) y el de los mayores daños sufridos al margen de aquél (*id quod interest*). Por consiguiente, la acción para reclamar los primeros, prescribe (al igual que la pretensión del cumplimiento forzado específico,

en el plazo genérico de cinco años (art. 2560), mientras que la dirigida a la indemnización de mayores daños se rige por el art. 2561, 2º párrafo, y prescribe, a los tres años.

Por otra parte, no es necesario probar haber sufrido un perjuicio para exigir el cumplimiento de la prestación, pero sí cuando el reclamo recae sobre daños adicionales, como ser el lucro cesante, el daño emergente o el extrapatrimonial (art. 1744). Respecto de este último reclamo (mayores daños) los jueces poseen la facultad de morigerarlos, cosa que no ocurre si se trata del reclamo del valor de la prestación [21].

6. Mora e intereses

En el nuevo régimen legal argentino independientemente del origen contractual o extracontractual, la obligación de reparar el daño causado es exigible desde que se produce el menoscabo, sin necesidad de interpelar al sindicado como responsable para constituirlo en mora. Ergo, la mora se produce en forma automática desde la producción del daño, y desde allí deben correr los intereses (art. 1748).

El fundamento de esta norma viene dado, ya que los intereses de la obligación indemnizatorio tienen carácter resarcitorio y no moratorio, por lo que el problema en torno al inicio de su cómputo no debe resolverse a la luz del régimen de la mora. Independientemente del origen contractual o extracontractual, la obligación de reparar el daño causado es exigible desde que se produce el menoscabo, sin necesidad de interpelar al sindicado como responsable para constituirlo en mora.

Ergo, la mora se produce en forma automática desde la producción del daño y desde allí deben correr los intereses [22].

7. Factor de atribución

Ya hemos señalado que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, y que, en consecuencia, en ese campo el factor de atribución no depende de las circunstancias en las que se causó el daño (con o sin cosas riesgosas o viciosas, con culpa o dolo, etc.), sino de con qué extensión se obligó el deudor. Ello, sin perjuicio de aquello a lo que me referiré sobre la cuestión de cosas riesgosas o viciosas en materia contractual.

Habrá que determinar, en cada caso, si comprometió únicamente conducta diligente o se obligó a un resultado [23].

El CCCN recoge claramente esa particularidad, pues, a los fines de establecer el factor de atribución en materia contractual, consagra el distingo entre las obligaciones de medios y de resultado. En efecto, el art. 1723 establece: “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”. Por lo demás, dicha clasificación se encuentra implícita en el art. 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). 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 art. 1768, que dispone que la responsabilidad del profesional liberal es subjetiva, salvo que se haya comprometido un resultado concreto [24].

En otras palabras, cuando lo debido sea un resultado, se aplica el art. 1723, razón por la cual el incumplimiento —y la consiguiente responsabilidad del deudor— se configuran por su sola falta de obtención. Cuando, en cambio, el plan prestacional consista en una conducta diligente, jugará el art. 1724 y la configuración del incumplimiento —y de la responsabilidad del obligado— requerirá de la presencia de culpa del solvens [25].

De ese modo, 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 [26].

La cuestión de la obligación de seguridad

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 de Vélez— sentaba normas distintas para regular la

responsabilidad contractual y la extracontractual, donde —por expresa previsión del art. 1107 de ese Código— no era posible aplicar la responsabilidad por riesgo creado (art. 1113, CC) al ámbito del contrato[27].

Por añadidura, un sector doctrinal viene denunciando desde hace tiempo diversas falencias de la obligación de seguridad concebida en esos términos. En ese sentido, se pone de resalto su carácter ficticio, y se afirma que su origen pretoriano lleva a una aplicación práctica muchas veces contradictoria y contraria a la seguridad jurídica. En particular, se señala que no resulta claro en qué contratos existe, si es de medios o de resultado, o qué vinculación debe existir entre el daño y el incumplimiento para poder entender que ese deber de protección del acreedor ha sido incumplido. También se critica la existencia de obligaciones de seguridad de medios, que terminan 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 cosas [28].

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, CN y 5 de la 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 art. 10 bis, primero y último párrafos, de la ley 24.240— tiene el carácter de un deber de resultado, por lo que su in-

cumplimiento 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 existencia de obligaciones tácitas de seguridad (hotelería, clínicas, juegos de feria, espectáculos deportivos, casinos, bingos, locales bailables, jardines de infantes, centros comerciales, etc.). Quedan fuera, exclusivamente, los contratos celebrados con profesionales liberales, en la medida en que se encuentran excluidos del régimen de la ley 24.240 (art. 2) [29].

Ante ese panorama, el mantenimiento de la obligación de seguridad en el derecho común carecía de sentido. Por un lado, porque —como acaba de mencionarse— la mayoría de los supuestos en los que se justificaba echar mano de esa obligación están ahora regidos por la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios, y por el otro porque la unificación de la responsabilidad civil tornaría aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que carece de sentido seguir recurriendo a la obligación de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor.

Por ese motivo, no se ha incorporado en el Proyecto ninguna alusión a la obligación tácita de seguridad, a diferencia del Proyecto de 1998, que expresamente la contemplaba en sus arts. 1668 y 1669. También por eso se dice en los fundamentos del Proyecto 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 arts. 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 art. 1757. Si los daños a la persona fueron ocasionados por un dependiente del deudor, se aplicará el art. 1753[30].

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 sus arts. 1757 y 1758, el art. 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.

Cabe aclarar, finalmente, que en algún caso excepcional aparecen referencias a obligaciones de seguridad expresas, como ocurre, en particular, con el transportista (arts. 1289, inc. “c”, 1291 y concs.). Esas previsiones —ya contenidas en el art. 184 del Código de Comercio anterior— responden a que, en ese caso, la seguridad del pasajero está ligada de manera inescindible a la ejecución de la obligación principal (transportar a destino). Pero la razón principal por la que se justifica la existencia de esa obligación es que se trata de un contrato de consumo, razón por la cual, más allá de su regulación en el Código, se aplicarán asimismo los arts. 5 y concs. de la ley 24.240[31].

La postura que reconoce que la obligación de seguridad en su totalidad o sus distintas manifestaciones ha dejado de formar parte del derecho común, ha sido criticada por quienes consideran lo contrario.

En tal sentido, esta corriente considera su plena vigencia a través del principio general de la buena fe en el ámbito contractual; también por medio de la incorporación del contrato de consumo en la parte general de los contratos, en un fluido diálogo de fuentes con la Ley de Defensa del Consumidor y su art. 5, los que por supuesto tiñen con la obligación de seguridad el ámbito contractual [32].

Otros, si bien arriban a esta última conclusión, exponen argumentos diferentes. Así, Sagarna enseña que en los casos que no hay relación de consumo, como es el caso de los contratos de servicios profesionales, tienen que brindar seguridad aun en los supuestos que no tienen dependientes ni hay cosas interviniendo en el daño; estamos en presencia de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1723, CCCN. Entiende que la prestación principal puede ser de medios, pero el deber de seguridad no es de medios. La obligación de seguridad, que es accesoria, es de resultado [33].

8. La reparación del daño

En materia extracontractual la regla es la reparación plena del daño en dinero o especie (art. 1740), comprendiendo las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726). En el contrato se indemnizan las consecuencias previstas o previsibles en el momento del incumplimiento (art. 1728),

aunque se admiten ciertos supuestos de limitación por razones de equidad (art. 1742), por daños involuntarios (art. 1750), de fuente convencional (art. 1743), o contemplados por la legislación especial (vgr, daños nucleares, transporte aéreo internacional, etc.). En materia contractual la regla es que el daño resarcible – salvo dolo- es el daño previsible (el daño previsto por las partes o el que pudieron prever) conforme con lo que en concreto acordaron al momento de la celebración, teniendo en cuenta, según los casos, la confianza especial y la condición del agente (art. 1725). En definitiva, en el ámbito convencional rigen en primer lugar las disposiciones propias de cada tipo negociaL y en los contratos paritarios las partes pueden válidamente acordar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones por daños, cuando se trata de derechos disponibles [34].

En cuanto al daño moral, es necesario señalar que a diferencia del CC de Vélez, el nuevo CCCN no distingue entre aquél que guarda su causa en un contrato o en la órbita extracontractual.

El resarcimiento del daño moral, extrapatrimonial o no patrimonial es uniforme en la responsabilidad civil unificada y no varía si su origen es contractual o extracontractual [35].

El Código también unifica la legitimación para reclamar la reparación del daño moral, pues el art. 1737, que se refiere a la “indemnización de las consecuencias no patrimoniales”, es aplicable por igual a las dos órbitas. En consecuencia, se produce una ampliación de la legitimación para reclamar la reparación del daño moral extracontractual (pues, a tenor de la norma proyectada, los damnificados indirectos podrán recla-

mar iure proprio no solo en caso de muerte de la víctima directa, sino también si ella sufre “gran discapacidad”, y en tales casos, la legitimación alcanzará, además de a los ascendientes, los descendientes y el cónyuge, a quienes convivían con aquella recibiendo trato familiar ostensible), pero correlativamente se acota la correspondiente al daño moral contractual, dado que, en los términos del mencionado art. 1737, se excluiría, en principio, el reclamo de los acreedores que sean damnificados indirectos [36].

Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc., que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema, “obtener satisfacción, goce y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales [37].

9. Pluralidad de responsables

Finalmente, la unificación alcanza asimismo a los casos en que exista pluralidad de responsables. Al tratar acerca de las obligaciones, el CCCN mantiene la regla de la simple mancomunación, pues dispone que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación (art. 828)[38].

Sin embargo, en materia de responsabilidad civil se establece expresamente que si varias personas participan en la producción de un daño que tiene una causa única se aplican las normas de las obligaciones solidarias, mientras que si la

pluralidad deriva de causas distintas se aplican las de las obligaciones concurrentes (art. 1751)[39].

Es evidente que esta última norma se aplica también a los casos de responsabilidad contractual, en virtud de la previsión del art. 1716. En otras palabras, todos los deudores contractuales responderán solidariamente si su crédito tiene una causa única (v.g., si sus obligaciones resultan del mismo contrato), y de manera concurrente en caso contrario.

De este modo, el principio general de la simple mancomunación queda acotado a la pretensión de cumplimiento específico, o bien a aquellos casos en que se reclame el contravalor dinerario de la prestación (*aestimatio rei*). Pero cuando el reclamo verse sobre los daños sufridos por el acreedor, la responsabilidad de los codeudores será solidaria o concurrente, según los casos, lo que significa que todos ellos responderán por la totalidad de los daños que haya sufrido el acreedor, sin perjuicio de las relaciones internas que, en función de la naturaleza del crédito, puedan ejercer entre sí una vez pagada la indemnización [40].

En definitiva, mientras que la obligación de resarcir los daños derivados del incumplimiento es solidaria —o concurrente, según los casos— (art. 1751), la de pagar la *aestimatio rei* es simplemente mancomunada, salvo que se haya pactado la solidaridad (art. 828) [41].

10. Conclusiones

El sistema que aplica el CCCN de unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual no equivale a equiparación absoluta. La aplicación de las reglas comunes se limita a la identidad de finalidad y de presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad, pretendiendo lograr también, en principio, una unidad de efectos. Ambas esferas mantienen sus individualidades, reconociendo la diferencia estructural entre los respectivos hechos generadores de responsabilidad.

En lo que hace a la antijuridicidad, los arts. 1717 a 1720, del CCCN receptan una antijuridicidad superadora de la antijuridicidad formal y consagran la antijuridicidad material, ya que se refieren al daño causado por una acción no justificada.

Respecto de la relación causal, si bien el CCCN, adopta como principio general la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726), se aparta de ese principio general y establece un parámetro distinto para los contratos paritarios: el deudor incumplidor responde por las consecuencias que las partes (y no un hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (y no al momento del hecho), según el art. 1728.

Relativo al factor de atribución en la parcela de la responsabilidad civil contractual, habrá que determinar, en cada caso, si el deudor comprometió únicamente su conducta diligente o se obligó a un resultado.

En cuanto a la obligación de seguridad, algunos autores sostienen que ha desaparecido como tal del derecho común,

quedando contemplada sólo por la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios. Justifican su abolición, porque la unificación de la responsabilidad civil tornaría aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que carece de sentido seguir recurriendo a la obligación de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor. Otros autores, en cambio sostienen que su vigencia no ha declinado y postulan que cobra vida a través del principio general de la buena fe. Ello, sin perjuicio de considerar que, por encontrarse en la parte general de los contratos (al tratar el contrato de consumo) entablan un diálogo de fuentes con la Ley de Defensa del Consumidor (art. 5), expandiendo sus efectos a todo el campo contractual.

Dentro de esta última posición, no faltan quienes sostienen que sigue estando presente en los contratos de servicios profesionales, ya que tienen que brindar seguridad, aun en los supuestos que no tengan dependientes, siendo dicha obligación accesoria y de resultado.

En lo referente al daño derivado de la responsabilidad extracontractual, la regla sigue siendo la de la reparación plena del daño en dinero o especie (art. 1740). En el ámbito convencional rigen en primer lugar las disposiciones propias de cada tipo negocial, y en los contratos paritarios las partes pueden válidamente acordar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones por daños, cuando se trata de derechos de libre disposición.

En materia de prescripción liberatoria se establece un plazo común de tres años para la prescripción de la acción por

responsabilidad civil, con la excepción de: a) la acción por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces (diez años), b) la acción de derecho común derivada de accidentes o enfermedades del trabajo, o para el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte (dos años). Las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. El plazo genérico de cinco años se aplica para las acciones por el reclamo del valor de la prestación.

Al haberse dado previsión legal a las obligaciones concurrentes (arts. 850 y 851), se ha modificado el régimen en supuestos de pluralidad de responsables. Por lo tanto, todos los deudores civilmente responsables del daño contractual responderán solidariamente si su crédito tiene una causa única, y de manera concurrente en caso contrario. De ello se sigue que, si bien el principio general sigue siendo el de la simple mancomunación, éste queda reducido a la pretensión de cumplimiento específico, o cuando se reclame el contravalor dinerario de la prestación.

[1] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. IV, Libro Tercero, arts. 1251 a 1881, Ed. Infojus, p. 418

[2] Código Civil y Comercial... T. IV, op cit, p. 418

[3] Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por daños, Parte General, T. I, Ed. Rubibnzal Culzoni, p. 560.

[4] Código Civil y Comercial..., T. IV, Libro Tercero, arts. 1251 a 1881, p. 418

[5] Yzquierdo Tolsada, Mariano, “Responsabilidad civil contractual y extracontractual”, Madrid, Ed. Reus, Madrid, 1993, T. I, p. 122; Larroumet, Christian, “Por la responsabilité

contractuelle”, en *Le droit privé française a la fin du XX w siècle*, Ed. Litec, Paris, 2001, p. 16.

[6] Picasso, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, Infojus, *Revista Derecho Privado*. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 33 Id SAIJ: DACF130013

[7] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op. cit.

[8] Nicolau, Noemí Lidia, “Fundamentos de Derecho contractual. Teoría General del Contrato, La Ley, Bs.As, 2009, T. I, p. 361.

[9] Rinessi, Antonio Juan y Rey, Rosa Nélide, *Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Principios Generales*”, en *Revista de Derecho de Daños*”, 2015.2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 89

[10] Picasso, Sebastián, *La unificación*, op. cit.

[11] Picasso, Sebastián, *La unificación*, op. cit.

[12] Galdós, Jorge M, “Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho privado y Comunitario*, 2015, número extraordinario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 282

[13] Galdós, Jorge M, “Diferencias...”, op cit, p. 283 citando a Félix Trigo represas, “los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial – II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 136 y ss.

[14] Picasso, Sebastián, *La unificación...op. cit.*

[15] Picasso, Sebastián, *La unificación...op.cit*

[16] Picasso, Sebastián, *La unificación...op.cit*

[17] Galdós, Jorge M, “Diferencias...”, op. cit, p. 305

[18] Picasso, Sebastián, *La unificación..op. cit*

[19] Picasso, Sebastián, *La unificación...op.cit*

[20] López Herrera, Edgardo, en Rivera, Medina (Directores) y Esper (Coordinador), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t IV, p. 1041.

[21] Lorenzetti, Ricardo L, Código Civil y Comercial comentado, T. VIII, Ed Rubinzal Culzoni, p. 354.

[22] Márquez, José Fernando y Viramonte, Carlos, “El inicio del cómputo de intereses en la responsabilidad contractual”, en nota a fallo CNCiv, sala A, 09.05.14, RCyS, 2014 (octubre), p. 72

[23] Picasso, Sebastián,” La unificación...”op.cit

[24] Picasso, Sebastián,” La unificación...”op.cit

[25] Picasso, Sebastián, “La unificación...”op.cit

[26] Galdós, Jorge M, “Diferencias...”, op. cit, p. 293

[27] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op. cit.

[28] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op. cit.

[29] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op. cit.

[30] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op. cit.

[31] Cfr. Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op. cit.

[32] Rinesi y Rey, “Unificación...”, op. cit. p. 108

[33] Sagarna, Fernando, Conferencia en el marco del Curso de Especialización en derecho de Daños. UBA y AMFJN, Resistencia, Chaco, junio/2015.

[34] Galdós, Jorge M, op. cit, p. 295/297.

[35] Galdós, Jorge M, op. cit, p. 302

[36] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op.cit

[37] Galdós, Jorge M, citando a CSJN, 04.12.2011, RCyS 2011-VIII-176.

[38] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op.cit

[39] Picasso, Sebastián, La unificación...op.cit

[40] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op cit

[41] Picasso, Sebastián, “La unificación...”, op cit.

La constitucionalización del derecho civil en el Código Civil y Comercial Argentino

Por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Publicado en: Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 7 - Mayo 2018 – 23/05/2018

Cita: IJ-DXXXIV-698

[Consultado el: 26/11/2019]

Sumario

1. Introducción. 2. Normas operativas y normas programáticas en la Constitución. 3. El Código Civil y Comercial Argentino. 4. Hacia la unificación del derecho. 5. El nuevo rol del Juez. 6. Eficacia de las normas de derecho privado constitucionales. 7. Conclusiones

1. Introducción

El derecho privado vive tiempos de materialización, de corrección de las desigualdades a través de la construcción de las diferenciaciones [1].

El CCCN argentino, vigente desde agosto de 2015, viene a receptor, en esa línea, la denominada “constitucionalización del derecho privado”, que no es más que la concreción de principios fundamentales consagrados en la Constitución en

el ordenamiento jurídico privado y que dan cuenta de una mayor intervención del Estado en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas.

En verdad, este fenómeno tiene una finalidad más práctica que teórica: se trata de incluir en los Códigos de fondo los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, de manera tal de pasar de un nivel constitucional abstracto y solemne a la articulación práctica y concreta de la ley codificada de la vida cotidiana de nuestras relaciones jurídicas.

Tradicionalmente, existió en el ordenamiento jurídico argentino una disociación entre el derecho privado y el derecho constitucional, como si se tratara de compartimientos estancos. Posiblemente, mucho tuvo que ver, en nuestro medio nacional, el debate entre los padres de esas ramas del derecho, en nuestro medio nacional: Dalmacio Vélez Sarsfield y Juan B. Alberdi.

Este último le recriminaba a Vélez que el CC no había tenido en cuenta —o, en palabras más coloquiales pero elocuentes, le había dado la espalda— a la Carta Magna. En este sentido, sostuvo Alberdi: “La democracia entiende los derechos de un modo, la aristocracia de otro, y la autocracia de otro. Tomad por ejemplo el derecho relativo personal de autoridad paterna, o el derecho relativo real de sucesión hereditaria, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diversos modos, según el principio de su régimen político y social. No puede la Constitución política ir hacia el sur, y el Código Civil hacia el norte”; y agrega: “La dirección debe ser común como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la Constitución, la democracia debe ser la mente del Código Ci-

vil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho”. Tal era la importancia que le otorgaba Alberdi al CC desde la perspectiva constitucional, que decía que se trataba de una “Constitución Civil” [2].

No obstante, más allá de las razones que pudieran haber influido en Argentina para esta dicotomía, lo cierto es que se trata de una realidad histórica global, que ha venido revirtiéndose en los últimos tiempos hacia un Derecho civil constitucional”.

Rivera lo explica señalando que los procesos de reforma constitucional de la posguerra en algunos países como Italia, Alemania y Francia, o más recientemente en España, revelan dos características que se vinculan directamente con este nuevo movimiento: a) según un criterio generalizado las constituciones europeas contenían la organización de los poderes del Estado y un programa político; por el contrario, las nuevas constituciones aparecen como verdaderas normas jurídicas que se erigen como la ley fundamental del Estado, habiéndose llegado a reconocer rango constitucional aun al preámbulo; b) en tres de los cuatro países mencionados, las nuevas constituciones importan la consagración de un nuevo sistema político que fundado en la democracia sustituye sistemas autoritarios. En efecto, así sucedió con la Ley fundamental alemana, y las constituciones italiana y española. De modo que los juristas deben atender a la conciliación entre el Derecho de fuente legal proveniente del sistema autoritario con el nuevo sistema político consagrado en la Constitución [3].

En Argentina, con la reforma constitucional de 1994, se ha llegado al mismo destino por otras razones. No olvidemos que la instauración del sistema representativo, republicano y federal, o la eliminación de toda prerrogativa de sangre o nacimiento, los fueros personales o los títulos de nobleza, eran preceptos constitucionales ya existentes en su primigenia Carta Magna de 1853.

La reforma consagrada en el siglo XX en nuestro país, sostuvo algunas normas que venían incorporadas desde 1853 (derecho a la propiedad privada, a la igualdad, derechos civiles de los extranjeros, derecho de los trabajadores, entre los más importantes) y agregó otras que veremos sucintamente más adelante, en consonancia con los Tratados Internacionales suscriptos sobrevinientemente a la Carta Magna decimonónica.

Es decir, por razones distintas, pero tanto desde Europa como desde América Latina, se ha venido confluyendo en un destino común de los ordenamientos *jus privatistas*, el de la constitucionalización del derecho privado.

En las próximas líneas, intentaremos reseñar sucintamente cuáles normas se tornan operativas a los fines de este proceso, de qué manera lo ha receptado el ordenamiento jurídico argentino, su incidencia sobre la división tradicional entre las ramas del derecho público y privado, cuál es el rol del juez en este esquema y cuáles los efectos que propagan las normas civiles en el nuevo derecho civil constitucionalizado.

2. Normas operativas y normas programáticas en la Constitución

Como decíamos antes, el nivel abstracto de la Constitución ha pasado a ser, a través de esta evolución, uno concreto y armónico con los códigos fundales.

Hoy, a través de este proceso evolutivo puede decirse que la Constitución es una verdadera norma jurídica, de la que emanan derechos y facultades directamente operativos [4].

Para delimitar un campo del otro, es menester definir conceptualmente las normas de carácter operativo y programático.

Se trata de un aspecto de la cuestión que hace a la estructura lógica de la norma constitucional, originada en épocas en que éstas eran de orden político como se expresó antes.

Las normas programáticas, como su nombre lo indica son meros programas. Son aspiraciones que pueden ser desarrolladas en un tiempo no establecido de antemano y que no conceden una titularidad en los individuos y grupos. El destinatario de esas normas es el Estado, y precisan de una especificación, ya que son muy generales. Estas reglas están en las constituciones, los tratados, o aun en las leyes que precisan de reglamentos [5]. Tal es el caso, por ejemplo, del acceso a una vivienda digna, establecido en el art. 14 bis de la CN argentina. Esta norma es el caso típico de una expresión de deseos de los constituyentes (se incorporó en la reforma constitucional de 1957 y quedó incólume en 1994). Sin embargo, sabido es que, más allá de los diferentes planes de vivienda instaura-

dos por el gobierno nacional y los provinciales a lo largo de los años, gran número de compatriotas no gozan de los beneficios de la norma, habitando en viviendas que constituyen una afrenta a la dignidad humana.

Las normas operativas, en cambio, son inmediatamente aplicables, sin necesidad de una reglamentación posterior y están dirigidas directamente al ciudadano o a los grupos, que pueden invocarlas en sus pretensiones [6]. Así, no la Constitución pero sí la Convención Americana de Derechos del Hombre (art. 4º), ha puesto el punto de partida de la vida humana en la concepción. Lo mismo sucede con el art. 43 CN, al establecer que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

No obstante, en el camino de conciliar unas con otras (y para evitar que las primeras sean meras declamaciones o expresiones de deseo, lo que las haría necesariamente caer en letra muerta), la Corte Suprema de Argentina ha señalado que “cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar” [7].

3. El Código Civil y Comercial Argentino

Las primeras dos normas que inauguran el articulado del CCCN vienen a erigirse en la columna vertebral del sistema privado argentino y al mismo tiempo expresan la voluntad del legislador de constitucionalizar esa rama del derecho.

El art. 1 (Fuentes y aplicación), señala que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Como se advierte, en materia de fuentes del derecho privado y a su aplicación, se ha otorgado un plano de preeminencia fundamental a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos celebrados por el país.

Esa norma se complementa con el art. 2, (Interpretación), que reza: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

La Comisión redactora en sus fundamentos, viene a consagrar la constitucionalización del derecho privado, señalando que “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país

y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.

Tales aspectos valorativos que auspician el CCyC en su construcción y en la interpretación que de él se lleve adelante son explicitados en esos fundamentos, siendo uno de ellos, y de manera precisa, la “constitucionalización del derecho privado”, al cual se hace mención, en otros términos, en el art. 1º, afirmando: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho 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 argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”. Se trata, nada más ni nada menos, que de un modo diferente de razonar,

fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el derecho [8].

4. Hacia la unificación del derecho

En sintonía con las pautas anticipadas en los precedentes, es fácil advertir la marcada tendencia hacia un derecho cada vez más intervenido por la presencia del Estado aún en aquellos ámbitos de la contratación privada que antes estaban completamente vedados a la presencia del Estado.

Esta situación se nota en varios sentidos. En primer lugar la presencia de múltiples leyes protectorias que, al ser declaradas de orden público, implican mandatos imperativos que las partes no pueden dejar de lado voluntariamente, ni aún renunciando a ellas. Entre esas leyes destacan todas aquellas referidas a la protección del niño, el hábitat, la salud, los consumidores y muchas otras que sería muy extenso enumerar.

Como bien señala Fernando Ubiría: A partir de la mitad del Siglo pasado, ya con el norte enfocado en alcanzar tales elevados fines, se empezó a cuestionar la clásica y tajante división entre derecho público y privado pues ya no lograba contener una realidad social cada vez más compleja, el interés general y la justicia distributiva dejaron de resultar patrimonio exclusivo del derecho público... La profunda evolución verificada en los últimos tiempos ha sido posible en parte gracias a la determinante influencia ejercida por el derecho público sobre el derecho privado [9].

Debemos recordar que el Estado puede intervenir en todas las relaciones jurídicas mediante la elaboración de leyes protectorias, pero también facultando o imponiendo a los Jueces que asuman criterios de equidad legal por encima de reglas formales o de rito.

El CCCN consagra una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. La constitucionalización del derecho conduce necesariamente a la unificación del derecho pues establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado [10].

La idea de que los derechos fundamentales resultan sólo oponible al Estado, es una teoría prácticamente abandonada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparadas [11]. (9) Cada vez más, en efecto, se afianza la postura según la cual las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales tienen también eficacia en el dominio de las relaciones entre particulares [12]. (10)

Esta nueva concepción que tiende hacia la unificación del derecho público y privado como dos estamentos tradicionalmente diferenciados, se manifiesta, por ejemplo, en el derecho de los consumidores, que viene a atravesar transversalmente la clasificación, para incluir normas de ambas ramas.

Algo similar ocurre con los procesos colectivos, donde pueden confluir conflictos sobre bienes jurídicos individuales (cuando el interés es individual, la legitimación también, pero cada interés es diverso a otro); sobre intereses individuales homogéneos (la afección es individual, pero el interés es

homogéneo y susceptible de una sola decisión); o sobre bienes jurídicos colectivos (donde el titular del interés es el grupo y no un individuo. La petición tiene por objeto la tutela de un bien colectivo, como es el caso del ambiente).

No podemos omitir destacar las normas de derecho procesal incluidas en el CCCN, las que se encuentran dispersas en su texto. Así las vemos en normas procesales relativas a la legitimación, capacidad, nombre de las personas, ausencia con presunción de fallecimiento, competencia del Ministerio Púpilar, prueba de los instrumentos particulares y de la contabilidad comercial, procesos de divorcio y liquidación de la comunidad, medidas cautelares y protectorias en la separación de bienes, prueba de la unión convivencial, Alimentos, régimen de comunicación, adopción, procesos de familia, prueba de la existencia de obligaciones, prioridad del primer embargante, límite de las costas procesales, responsabilidad por evicción, proceso arbitral, prueba de los presupuestos de la responsabilidad, medidas cautelares en la sección “Títulos valores”, prescripción adquisitiva, sentencia y cosa juzgada en las acciones posesorias y en las acciones reales, en el proceso sucesorio, en la prescripción liberatoria, y medidas provisionales y cautelares en la jurisdicción internacional.

Se ha señalado que la inclusión de disposiciones procesales en el CCCN no debe entenderse como un avance sobre las autonomías provinciales, pues el poder de las Provincias no es absoluto y el Congreso Nacional cuenta con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo y evitar el riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho material. Al respecto, la Corte Suprema

de Justicia de la Nación ha señalado que “ si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales, y por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar (CSJN, Fallos 138:157; 136: 154, entre otros)[13].

5. El nuevo rol del Juez

El art. 2, CCCN, establece pautas de interpretación y su incidencia en el rol del juez.

Sucede que tanto las pautas de interpretación que expone el art. 2 como los principios y valores jurídicos —no morales: estos quedan fuera de la legislación civil y comercial por aplicación de lo normado por el art. 19 CN, es decir, por quedar reservadas a Dios (al que cada uno crea o a ninguno, según las creencias de cada persona) y “exentas de la autoridad de los magistrados”— en definitiva son, como alude el mismo articulado, fuentes del derecho y, a la par, condicionan la interpretación a la luz de tales fuentes[14].

En ese sentido, establece reglas de interpretación dirigidas al juzgador. Así lo es, entre otras, en el caso de las leyes análogas, que no se las incluye como fuentes sino como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que

pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales”.

También establece dichas reglas cuando se refiere a una interpretación coherente “con todo el ordenamiento”, superándose así “la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto” [15].

Cuando se alude a los principios y valores jurídicos — conceptos jurídicos indeterminados— “los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico, establece una solución coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico” [16].

Es decir, el art. 1, del CCCN consagra un sistema de fuentes y establece pautas de interpretación normativa, debiendo entenderse que la ley de fondo debe interpretarse conforme con la Constitución y los Tratados en los que el Estado es parte (cfr. arts. 31 y 75, inc. 22 CN). El Juez, en este caso,

ya no sólo debe practicar un examen de constitucionalidad, sino también uno de Convencionalidad (con los Tratados celebrados por el país).

Por su parte, el art 2 impone una necesaria consistencia con todo el ordenamiento jurídico, confiriendo reglas de interpretación según las cuales debe tenerse en cuenta la totalidad de dicho ordenamiento, con el objeto de asegurar la operatividad del derecho sustancial y con una clara postura de activismo judicial.

6. Eficacia de las normas de derecho privado constitucionales

Teniendo en cuenta que la reforma de la Constitución nacional data de 1994 y el CCCN fue dictado 21 años después, a partir de la redacción de los arts. 1 y 2, CCCN y el nuevo diálogo de fuentes que esa normativa establece, es menester dar un orden a la eficacia de las normas de derecho privado constitucionalizado, estableciendo un nuevo cuadro de situación del sistema.

Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio. Al respecto, cabe traer a colación, entre tantos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación (en adelante, CSJN) del caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios” en el que se sostuvo: “Que en diversas ocasiones posteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almonacid’. En efecto, en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso’ precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [‘Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]” [17].

Nos pareció atinado el trabajo realizado por Arce y Florez – Valdés, quien apunta a que la eficacia de esas normas, en un estado de la cuestión como el actual, puede resumirse distinguiendo la eficacia directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora o directiva de la norma civil constitucionalizada [18].

La eficacia directa, implica que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o un derecho constitucionalmente establecido, puede invocarlo directo de la norma constitucional, cuando no hubiere norma legal que desarrolle la garantía constitucional [19]. Es el caso de la protección de datos personales, consagrado en el 3er párrafo del art. 43 de la CN, hasta la puesta en vigencia de la ley 25.326, seis años después de la reforma constitucional.

La eficacia derogatoria, por su parte, importa tanto como afirmar que la Constitución deroga la legislación anterior que se le contraponga. A la luz de la CDN, que impone la obliga-

ción de respetar y garantizar a los Estados parte, el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta, bien pudo derogarse el art. 274, CC anterior, que disponía que los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por éstos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código. Ello, de no haber sido por el valladar que a partir de octubre de 2005 le impuso la ley 26.061, que en sus arts. 3, inc. b y 27, inc. b, disponía en sentido coincidente con la CDN.

La eficacia interpretativa, se plantea de manera muy sencilla: quien interpreta la ley para aplicarla debe hacerlo de la manera que aquélla resulte conforme a la norma constitucional. La norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que se refiere. No es ni más ni menos que lo dispuesto en el actual art. 2, CCCN.

Finalmente, la eficacia invalidatoria consiste en que la ley que contradice a la Constitución es declarada inconstitucional [20]. Se trata de un supuesto que se da desde antiguo y huelgan las explicaciones.

7. Conclusiones

En atención a lo expuesto anteriormente, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a) Los arts. 1 y 2, CCCN vienen a consagrar un verdadero diálogo de fuentes con base en la constitucionalización del de-

recho privado. Tales normas son el eje central del sistema, viéndose reflejado ello en toda la extensión del cuerpo normativo a través de normas específicas en la protección de la persona humana a través de derechos fundamentales, derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, las personas con incapacidades, de la mujer, los consumidores, los bienes ambientales, entre muchos otros aspectos;

b) Significa un avance del derecho público sobre el privado que se sintetiza en normas de carácter protectorio, que al ser declaradas de orden público implican mandatos imperativos que las partes no pueden dejar de lado voluntariamente. Por esa razón, ha quedado desdibujada la vieja y tajante división entre derecho público y privado y todo indica que nos encaminamos hacia una unificación de ambas ramas del derecho por virtud de la presencia estatal en ámbitos que otrora quedaban reservados a la relación interindividual;

c) En sintonía con lo anterior, se advierte de la nueva normativa un mayor protagonismo judicial en razón de su activismo, el que debe ser cuidadosamente tratado para evitar el gobierno de los jueces, que no constituye otra cosa que la invasión a los demás poderes del Estado;

d) En definitiva, el ordenamiento jurídico es uno solo, y las normas deben interpretarse en consonancia con él, tal cual lo predica el art. 2, CCCN, con base en la Constitución Nacional y los Tratados internacionales suscriptos por la Argentina. Sólo que produce distintos efectos, según la órbita jurídica sobre la cual recaiga.

[1] De Lorenzo, Miguel Federico, “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, LA LEY 19/10/2011, 19/10/2011, 1 - LA LEY2011-E, 1258; Cita Online: AR/DOC/3517/2011

[2] “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (Directores), Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, T. 1, p. 6

[3] Rivera, Julio César “El Derecho Privado Constitucional”, en “Derecho Privado en la reforma constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Ed. Rubinzal Culzoni, 1994, p. 27/28.

[4] Rivera, Julio C, op. cit, p. 32

[5] Lorenzetti, Ricardo L, “Consumidores”, 2a ed. act., Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, p. 45

[6] Lorenzetti, op. cit, p. 46

[7] CSJN, 21.11.2006, Fallos 329:5239, “Di Nunzio, Daniel F c/ The First National Bank of Boston y o. s/ Habeas data”.

[8] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, op. cit, p.8/9

[9] Ubiría, Fernando, “Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 6

[10] De los Santos, Mabel AS, “Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial”, LL, 15/11/2017, I- LL 2017-F, 674, AR/DOC/2684/2017

[11] De Lorenzo, Miguel F, op. cit, quien aclara al pie que “Vale la pena recordar que nuestra CSJN, allá por el año 1958, en el recordado y pionero fallo "Kot" (Fallos 241:298), había fijado la siguiente doctrina: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protec-

ción de los llamados derechos humanos -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad" (voto de la mayoría integrada por Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela).

[12] De Lorenzo, op. cit, con cita de Mota Pinto, Carlos Alberto, "Teoria geral do Direito Civil", 3a ed., Coimbra, 1999, p. 73.

[13] De los Santos, Mabel, op. cit.

[14] "Código Civil y Comercial Comentado...", op cit, p. 14 con cita de Mosset Iturraspe, Jorge, "Capítulo VI", en Derecho Civil Constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

[15] "Código Civil y Comercial Comentado...", op cit, p.14

[16] "Código Civil y Comercial Comentado...", op cit, p.15

[17] "Código Civil y Comercial Comentado...", op cit, p.10

[18] Rivera, Julio C, op cit, p 38, con cita de Arce y Florez – Valdés, Joaquín, "El Derecho civil Constitucional", Madrid, 1986, p. 125 y ss.

[19] Ídem anterior

[20] Rivera, op cit, p. 38/41

El principio de legalidad en el derecho privado

por Mario L. Vivas

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Publicado en: Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 8 - Noviembre 2018 – 15/11/2018

Cita: IJ-DXLI-195

[Consultado el: 26/11/2019]

Sumario

1. Introducción. 2. Nulidad del acto jurídico. 3. El sistema de la responsabilidad civil. 3.1. La antijuridicidad. 3.2. El daño resarcible. 3.3. Las causas de justificación. 4. Conclusiones

1. Introducción

El tema central que nos ocupa es el de los “principios generales del derecho”, entendiendo a ellos como aquellos principios superiores de justicia, que se encuentran ínsitos en nuestro derecho positivo y que emanan de las normas constitucionales.

He elegido el tratamiento de algunos de los aspectos del principio de legalidad en nuestro derecho privado.

Ese principio se encuentra consagrado en el art. 19 CN, en su segundo párrafo, que señala: “...ningún habitante de la

Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...”.

Haciendo un poco de historia, sus antecedentes se remontan al art. 157 de la Constitución de Venezuela de 1811, que a su vez lo tomó de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su texto, en lo pertinente, señalaba “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena...”.

Todos los intentos constitucionales, hasta la consagración de nuestra primigenia constitución de 1853, hoy vigente con las consabidas reformas, lo han receptado desde 1813 en adelante [1].

Se trata de una de las principales normas de la primera parte de la Constitución que atraviesa transversalmente todo el sistema jurídico, encerrando todo el fundamento filosófico, político y jurídico de la libertad.

El enunciado constitucional es denominado también “principio de clausura”, ya que se centra en la afirmación de que todo lo que no está prohibido está permitido. En otras palabras, en la actividad del individuo lo normal es la libertad, y las restricciones a esa libertad son la excepción, por lo cual ellas tienen que estar expresamente establecidas en la ley.

Es por eso que el término “clausura” se aplica también al ejercicio del poder, ya que las excepciones a la libertad no pueden ser inferidas implícitamente de norma alguna.

2. Nulidad del acto jurídico

Lógicamente, el principio de legalidad, al atravesar de modo transversal todo el sistema jurídico, toca el núcleo mismo del derecho privado.

Un ejemplo, es el principio que indica que no hay nulidades sin texto expreso. Ese enunciado es una manifestación del principio de legalidad del que estamos hablando. Nos está indicando que la administración o los Tribunales no pueden declararla a su antojo o capricho. Las nulidades deben estar previstas en la ley.

Ese principio se encontraba consagrado en nuestro ya derogado Código Civil de Vélez. Su art. 1037 decía que “Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”.

Curiosamente, no existe en el Código Civil que nos rige desde 2015 una norma equivalente.

De modo tal que hoy, en materia de nulidades de los actos jurídicos, los jueces cuentan con discrecionalidad para decretar nulidades, pues no se deben ajustar necesariamente a las normas que las prevean expresamente.

Algunos autores [2] se han mostrado preocupados con esta falta de previsión legal y la consecuente facultad discrecional de los jueces para dictar nulidades, entendiendo que ello contribuye a un debilitamiento del principio constitucional analizado y a la inseguridad jurídica consecuente.

Nótese que el art. 169 del CPCC de la Nación prevé la norma, tal como lo hacía el viejo art. 1037, hoy derogado.

3. El sistema de la responsabilidad civil

Otro ejemplo de la aplicación del principio de legalidad lo encontramos en el sistema de la responsabilidad civil.

Así, el deber de reparar, como base del sistema de la responsabilidad civil, surge del art. 1716. “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Tras el incumplimiento a un deber jurídico, que es producto de un proceso de imputación, deviene la responsabilidad.

La obligación de pago, por ejemplo, es una obligación de segundo orden que queda plasmada frente al incumplimiento de un deber jurídico u obligación preexistente a cargo de un sujeto que luego, es responsabilizado por ello. De esta primera afirmación se deduce que sin obligación previa o deber jurídico incumplido nunca puede plasmarse ningún supuesto de obligación de pago a cargo de una persona.

3.1. La antijuridicidad

El art. 1717 señala que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

El CCCN consagra una antijuridicidad objetiva y material, por lo que ya no existe duda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley detalle, en cada caso, cuál es la conducta prohibida.

La antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir que, particularmente, lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida en que hay una lesión o aminoración de un interés jurídico resarcible.

Busto Lago, de acuerdo con Kelsen, considera que la ilicitud no es algo exterior, no es algo extraño o ajeno al Derecho, sino determinado por éste. De aquí que, como ha señalado De Castro, “son actos ilícitos los reprobados por el ordenamiento jurídico”, y por tanto, reformulando esta afirmación en sentido contrario, un acto será lícito, cuando no está prohibido por el ordenamiento jurídico.

De modo tal que, por virtud del principio de legalidad, todo lo que no es antijurídico, o siéndolo, está justificado, está permitido.

3.2. El daño resarcible

El art. 1737 dice que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Para que quede claro. No cualquier daño es resarcible, sino solo aquel que lesiona un derecho no reprobado por el ordenamiento jurídico.

En ciertos casos, cuando el ordenamiento considera injusto que el daño sea soportado exclusivamente por la víctima, le conceda el derecho a una indemnización que debe pagar el autor como precio del ejercicio de su derecho, y no como sanción, esto es, no a título de responsabilidad civil, y por lo tanto, sin sujeción a su régimen jurídico.

Se pregunta Pena López si son en verdad antijurídicos todos los daños o existen daños no antijurídicos a pesar de no concurrir una causa de justificación. Para ello, ejemplifica con la muerte de la prostituta, que no puede originar un derecho a favor del proxeneta, por razón de los daños que le haya causado a éste por la muerte de la mujer explotada. Ello, obviamente, no permite deducir que quien la mató obraba en ejercicio de un derecho propio que venga a justificar el reclamo del proxeneta, sino que el interés que éste proyectaba sobre la persona explotada es considerado ilegal o inmoral por el ordenamiento jurídico, y por tanto indigno de protección [3].

De allí que el criterio básico o primario, en virtud del cual el derecho decide la imputación del daño, es el de si existe o no protección jurídica para los intereses dañados. Si esta protección no existe, bien porque se trata de intereses que el derecho no toma en cuenta, por metajurídicos, bien porque los reprueba, por ilegales o inmorales, el autor del daño no lo ha inferido contra ius, y, al no tener obligación de indemnizarlo, debe de soportarlo quien lo ha padecido. Al contrario, si exis-

te tal protección del interés dañado, éste se transferirá mediante la correspondiente obligación reparatoria a su autor [4].

El bien afectado (daño fáctico) es el objeto que permite satisfacer una necesidad, mientras que el interés (cuya privación constituye el daño jurídico lato sensu) es la posibilidad que tiene el individuo de ver satisfecha la necesidad que le proporciona el bien en cuestión. Finalmente, las consecuencias derivadas de la lesión del interés, que necesariamente tienen la misma naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) que este último, constituyen el daño resarcible propiamente dicho.

Para describir el ámbito de cada uno de estos dos conceptos a través de un ejemplo, basta con imaginar un accidente de tránsito en el cual una persona sufre lesiones de gravedad en su integridad física. En este supuesto el perjuicio resarcible no es la lesión que padeció, sino las consecuencias derivadas de la afectación de los intereses que respecto de su integridad física tenía la víctima.

Por lo tanto, también en este caso rige plenamente el principio de legalidad, según el cual, sólo será susceptible de reclamo aquel daño que lesione derechos o intereses amparados (o mejor, no reprobados) por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

3.3. Las causas de justificación

Hasta la reforma del CCCN de 2015, la ley positiva civil no contemplaba las causas de justificación de la antijuridicidad.

En mi tesis doctoral, elaborada bajo la vigencia del viejo Código, para los casos de estado de necesidad y legítima defensa, sostuve que:

1. En algunos países como España o Alemania, sus ordenamientos jurídicos privados contemplan la justificación del ilícito civil en estado de necesidad. De allí que esos ordenamientos jurídicos positivos contemplan expresamente el derecho a indemnizar el daño derivado del estado de necesidad agresivo, pues si bien pretenden el prevalecimiento de ciertos intereses, se encargan de establecer una compensación al interés sacrificado. Son casos en que la ley crea una obligación distinta de la resarcitoria.

2. Que, a mi juicio, el estado de necesidad contemplado en el ordenamiento jurídico penal argentino propagaba sus efectos sobre el ordenamiento civil por virtud del principio de unicidad de todo el ordenamiento jurídico, pero ninguna norma contemplaba la obligación resarcitoria a cargo del agresor en estado de necesidad. Ello así, por virtud del principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución y mediante el cual ninguna obligación podía nacer sin norma escrita.

3. Con respecto al fundamento de equidad para conceder una compensación económica en caso de daños causados en estado de necesidad, sostuve que quedaba reservado a las exigencias del viejo art. 907, para casos de hechos involuntarios que lo generasen. Similares fundamentos mantuve para los casos de enriquecimiento sin causa [5].

Claro está que, con la reforma del 2015 la situación ha cambiado en algunos aspectos. Los arts. 1718 y 1719 contemplan el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa, el estado de necesidad, y la asunción de riesgos como causas de justificación.

El ejercicio regular de un derecho justifica el hecho dañoso, pero nada señala la ley sobre indemnización alguna a que tuviera derecho quien fuese damnificada por esta situación.

Con respecto a la legítima defensa, el CCCN reconoce hoy el derecho a una reparación plena al tercero que sufre un daño en ocasión de un hecho realizado en legítima defensa. Pero nada dice la ley de indemnización alguna por el daño que provoca el agredido en ocasión de su defensa.

Para el caso del tercero damnificado, es lógico que así suceda, pues es extraño a la situación de defensa y rige, tal como lo sostuve en dicha tesis, el régimen general de la responsabilidad civil.

Con respecto al estado de necesidad, quien sufriera daños en ocasión de un hecho de esa naturaleza, sólo podrá reclamar una indemnización de equidad, si así lo considerara el juzgador.

También es coherente la ley en este aspecto con el principio de legalidad, pues no permite indemnización alguna basada en el régimen general de responsabilidad sino en una compensación, a título excepcional y siempre que el juez lo disponga, por considerarlo equitativo.

En el supuesto de la asunción de riesgos (art. 1719), quien se expusiere a una situación de peligro para salvar la persona o bienes de otro, y eso le causara daños, tendrá derecho a una indemnización en la medida del enriquecimiento obtenido por el beneficiado.

Se trata de un precepto también coherente con el principio de legalidad, pues, por las mismas razones que en el estado de necesidad, se fija una compensación económica en la medida del enriquecimiento del beneficiado.

Las indemnizaciones que no se encuentren contempladas en ese régimen no son tales, sino compensaciones económicas contempladas expresamente en la ley, por razones de equidad o en la medida del enriquecimiento del beneficiado, según el caso.

4. Conclusiones

Es decir, para finalizar, que cuando no hay antijuridicidad del daño, éste debe ser soportado, como regla, y con las excepciones vistas, por la víctima, pues ese daño no puede ser transferido o imputado a su autor mediante la correspondiente obligación de repararlo. No es sino una expresa manifestación del principio de legalidad.

El principio de legalidad, a su vez, es la manifestación jurídica de la libertad individual, entendida como aquella porción de libertad que conserva el hombre, luego de sacrificar una parte de libertad primitiva, como cuota de ingreso por su incorporación a la sociedad [6].

[1] Ekmekdjian, Miguel A., “Tratado de Derecho Constitucional”, T. II, Ed. Depalma, Bs. As., págs. 45/46.

[2] Vitali, Héctor M., “Invalidéz e ineficacia de los actos jurídicos en el nuevo Proyecto de reforma al Código Civil”, La Ley, AR/DOC/5019/2012.

[3] Pena López, José M., “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”, de José M. Busto Lago, Prólogo, págs. 13/27, Ed. Tecnos, Madrid.

[4] Pena López, op. cit.

[5] Vivas, Mario L. “La legítima defensa y el estado de necesidad como causales de justificación del daño en el ordenamiento jurídico positivo argentino”, Ed. Grupo Ibañez, Bogotá, 2011.

[6] Ekmekdjian, op. cit, pág. 452.