

La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el Proyecto.

Jorge Pablo Martínez

Sumario: I. Introducción. II. La unificación de las responsabilidades. III. El notable acierto del Proyecto al eliminar de su articulado a los equívocos y confusos vocablos “responsabilidad contractual-extracontractual”. 1. La sorprendente actualidad de las palabras de Vélez Sársfield. 2. La *responsabilidad contractual* o el insólito olvido de la diferencia entre obligación y contrato. 3. La *responsabilidad extracontractual* o “*las cosas no responden a sus nombres*”. IV. Las grietas abiertas, por el propio Proyecto, en la unificación. V. Repaso: la unificación de los ámbitos y, a la vez, su clara separación ¿se regula el mismo fenómeno en dos regiones distintas?. VI. La ambivalencia que exhibe el Proyecto, el eterno nacimiento de la obligación y la superación de las dificultades serias. 1. La responsabilidad y el asombro de su doble rostro. 2. La falta de pago, la aporía y el eterno nacimiento de la obligación. 3. Otro notable acierto: la superación de las dificultades serias. VII. Palabras finales.

I. Introducción.

a. Importa aclarar, en el inicio de estas líneas, qué es lo que cabe esperar de ellas¹ o, en otros términos, explicitar los propósitos que estructuran el deseo de comentar la anunciada unificación que se realiza en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Asoman en el horizonte de este discurso, de la estructura del deseo que lo sostiene, tres modos, no necesariamente incompatibles, de acercarse a lo proyectado. En efecto, se podría: **(i)** destacar la recepción en el Proyecto de la opinión “uniforme”² de la doctrina autoral que se ha explicitado en “distintos encuentros científicos”, en múltiples clases, libros, etc.; y sobre tal piso de marcha, recorrer la aludida unificación realizada; o bien **(ii)** detenerse, precisamente, en la mencionada opinión “uniforme”, en los argumentos que palpitan en sus fundamentos y, al compás de ellos, mostrar en clave crítica el supuesto que anida en el origen de la aludida unificación; o **(iii)** ahondar respetuosamente la mirada y valorar, también, en forma crítica a la declarada unificación.

¹ O, lo que es lo mismo, qué es lo que no cabe esperar.

² Como se lee en sus fundamentos: “Código Civil y Comercial de la Nación”, ed. La Ley, año 2012, p. 563.

Intentaré desplegar, actualizo así el potencial del párrafo anterior, las tres maneras anunciadas pues ellas nos permitirán –tal es el propósito esencial que nutre este trabajo- una comprensión más rigurosa de la referida unificación³.

b. El método que atravesará este discurso puede presentarse así: de lo simple a lo complejo, de la información a la formación, de la *doxa* a la *episteme*.

Dicho de otro modo: **(i)** de la utilidad de conocer la recepción normativa de la unificación y lo qué dice, en tal sentido, el Proyecto; **(ii)** a saber el por qué de la nueva regulación propuesta o, en otros términos, a conocer cuál es el supuesto que apuntala los argumentos jurídicos que explicitan la necesidad de la unificación; y **(iii)** valorar, finalmente, el sentido y alcance de lo regulado. La exposición exhibirá tal progresión hacia el conocer.

Tres miradas observarán a la proyectada unificación: la *primera*, buscará lo práctico, discurrirá simplemente -y sintéticamente- sobre la proyectada recepción normativa de la unificación; la *segunda*, procurará mostrar no sólo el por qué de sus fundamentos, su sustento; sino, también, exhibirá en forma crítica los argumentos que la apuntalan; y, por último, la *tercera*, valorará lo que se ha proyectado y sus razones, argumentos. Esta última mirada aparece, en rigor, en todo el discurso⁴.

c. En suma, este trabajo pondrá en juego tres tipos de lenguaje: **(i)** uno meramente descriptivo en tanto presentará el “qué” –la unificación-; **(ii)** el segundo, argumentativo, hablará en forma crítica del “por qué” de la unificación; y **(iii)** el tercero, valorativo, enjuiciará al “qué” y al “por qué”.

II. La unificación de las responsabilidades.

a. Es metódicamente pertinente escuchar, en primer lugar, las palabras que estructuran, fundamentan, a la unificación. Se lee, en efecto, en los fundamentos del proyecto, que:

(i) “...*en materia de reparación, y siguiendo los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual.*”;

³ No escribo aquí sobre logros, escribo acerca de esfuerzos, intentos.

⁴ La interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado (HEIDEGGER Martin *Ser y Tiempo*, E. Universitaria, Chile, 1997, p.174).

(ii) “...(e)l texto proyectado confiere **unicidad** al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual”; y

(iii) “...(l)a tesis que se adopta es la **unicidad**⁵ del fenómeno de la ilicitud... Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”⁶.

b. Los miembros de la calificada comisión explicitan los reseñados fundamentos⁷ al discurrir sobre el Capítulo 1 “Responsabilidad Civil” que está ubicado en el Título V “Otras fuentes de las obligaciones”⁸. En efecto, después de explicar, en el punto 1, al “Sistema y funciones (preventiva-punitiva-resarcitoria)”⁹ de la responsabilidad, se detienen en la unificación de los aludidos ámbitos.

No es irrelevante, desde el punto de vista del método que exhibe el Proyecto, aclarar por qué se lo denomina así al Título V. Sencillamente: (i) porque en el Título I se presenta a las “Obligaciones en general”; (ii) en tanto que en los Títulos siguientes (II, III y IV) se regula a la fuente más importante de las obligaciones, es decir al contrato: que, a su vez, se lo segmenta en “contratos en general” (Título II), “contratos de consumo” (Título III) y “contratos en particular” (Título IV); y (iii) pues en los capítulos siguientes se presentan a las restantes fuentes¹⁰.

En síntesis, al igual que en el Código Civil vigente, el método del Proyecto exhibe una teoría general de la obligación claramente separada de sus fuentes. El contrato, conjuntamente con la responsabilidad civil¹¹, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de la voluntad y

⁵ Unidad: 1.f. Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruye o altere. 2. f. Singularidad en número o calidad. 3.f. Unión o conformidad... (Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, consulta on-line:<http://buscon.rae.es/draeI/>)

⁶ Fundamentos del Código cit., p. 563.

⁷ Se han recortado, más adelante se completarán, para preservar la coherencia del método.

⁸ Del Libro Tercero “Derechos Personales”.

⁹ La función tripartita de la responsabilidad: prevenir, reparar, sancionar (GALDÓS Jorge M., *La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto*, en *La Ley*, ejemplar del 11 de junio de 2012, p. 2)

¹⁰ A saber: Cap. 2 “Gestión de negocios”. Cap. 3 “Empleo útil”. Cap. 4 “Enriquecimiento sin causa”. Cap. 5 “Declaración unilateral de la voluntad. Cap. 6 “Títulos valores”.

¹¹ En su función resarcitoria.

los títulos valores, resultan las múltiples y diversas causas-fuentes de la obligación.

c. Ahora bien, ¿cómo se recepta la unidad del fenómeno de la ilicitud? O, preguntado de otro modo ¿cómo se realiza la señalada unificación (unicidad) de los mencionados ámbitos (contractual-extracontractual)? Así pues:

* En primer lugar, en la Sección 3* “*Función resarcitoria*”, a través del artículo **1716 “Deber de reparar”¹²**: *La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código*”.

Vale decir, la obligación de reparar nace, por un lado, cuando se daña a otro (v.gr. si se lo mata o si se le roba, etc.) con quien el autor¹³ no estaba vinculado por una obligación preexistente¹⁴; y, por otro lado, cuando no se paga (incumple) una obligación que, va de suyo, preexistía¹⁵. He aquí una norma primordial que recepta la destacada unificación.

Dicho de otro modo, la violación del deber de no dañar¹⁶ y el no pago de una obligación resultan causas fuentes de la obligación de reparar que se unifican en la fuente “Responsabilidad Civil”. En otros términos, en el lenguaje del Proyecto, la responsabilidad civil (violación del deber de no dañar e incumplir una obligación) es una de las diversas fuentes de la obligación¹⁷.

* En segundo lugar, en relación con la norma anterior, el artículo **1717** señala: “**Antijuridicidad**. *Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”.

De manera que la lectura del artículo pone en evidencia que la *antijuridicidad* refleja, también, la luz de la unificación. Ello es así, en tanto se

¹² *Rectius*: obligación de reparar. Es conocida la distinción, en el ámbito de la teoría general de la obligación, entre deber (género) y obligación (una de sus especies).

¹³ Del hecho ilícito, es decir, según el Código Civil vigente, del delito (arts. 1073/1095) o cuasidelito (arts. 1109/1136)

¹⁴ O podría estarlo pero el hecho ilícito cometido es enteramente independiente de la obligación. Raskólnikov R.R. mató a la usurera (violó el deber de no dañar) con quien estaba vinculada por el contrato de mutuo (personaje de la célebre novela *Crimen y Castigo*, Fiodor M. DOSTOYEVSKI, *Obras completas*, trad. Rafael Cansinos Assens, Ed. Aguilar, Madrid, to. II).

¹⁵ Tolérese el pleonasma.

¹⁶ Es decir, la comisión de un delito o cuasidelito.

¹⁷ En el caso: obligación de reparar el daño causado.

califica de tal modo a “cualquier” comportamiento (acción-omisión) que daña, vale decir que ocasiona-cause un daño; y tal acontecimiento (del daño), que irrumpe en la existencia de la víctima o del acreedor, puede ocurrir, precisamente, por violar un deber (no dañar) o por no pagar una obligación (y dañar).

A renglón seguido, en el art. **1718**, se enumeran las causas¹⁸ que justifican, eximen de la obligación de reparar, el “*hecho que causa un daño*” . Corresponde introducir, en este tramo, este interrogante ¿se puede incumplir una obligación y dañar en legítima defensa, o en estado de necesidad, o al ejercer de un modo regular un derecho?¹⁹

Me parece²⁰, anticipo la respuesta, que no. En pocas palabras: es imposible alegar que no se ha pagado una obligación en legítima defensa o en estado de necesidad o al ejercer regularmente un derecho²¹. La opinión contraria multiplica en forma innecesaria los entes y resulta, dispéñese el énfasis, lógica y ontológicamente incomprensible.

* En tercer lugar, los factores de atribución (objetivo-subjetivo) señalados a partir del art. 1721 receptan, también, la mentada unicidad. Dicen, en efecto: “**Artículo 1721: Factores de atribución:** *La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.* **Artículo 1722: Factor objetivo:** *El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*”.

Resulta interesante pensar, para mostrar anticipadamente las grietas que exhibe la unificación, en el **artículo 1724**. “**Factores subjetivos.** *Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la*

¹⁸ Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho.

¹⁹ Algunos autores intentan (por ej. COMPAGNUCCI DE CASO Rubén, *Manual de obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 213/214) extender el “estado de necesidad” al ámbito del incumplimiento de una obligación (contractual).

²⁰ Estoy, en rigor, firmemente convencido.

²¹ Una explicación convincente, para sostener el no que exhibe el párrafo, puede verse en BARBERO Ariel, *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 65.

diligencia debida según la **naturaleza de la obligación**²² y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia, y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

* En cuarto lugar, es ejemplo de la unificación el **artículo 1726**. “**Relación causal**. Son reparable las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

En efecto, el hecho que produce el daño puede provenir de la violación del deber de no dañar o bien del no pago de la obligación, de modo que se indemnizan, en ambos casos (que, en rigor, son uno: la responsabilidad civil), “las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”. Vale decir aquellas consecuencias “que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño”.

El Proyecto, en consonancia con lo anterior, suprime o, mejor dicho, no trae una regulación referida al régimen de imputación de las consecuencias frente al fenómeno de la inexecución = no pago = incumplimiento²³ de una obligación.

* En quinto lugar, el daño se mueve, también, al compás de la unificación. Dice, al respecto, el **artículo 1737**.- “**Concepto de daño**. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

En tales condiciones, los damnados pueden ser, por un lado, la víctima cuyo saber sobre la existencia del autor nace, conjuntamente con su crédito resarcitorio, cuando éste viola el deber de no dañar; y, por otro lado, el acreedor que portaba un saber previo acerca de la persona (deudor) que, a la postre, no pagó y lo dañó.

La víctima, y su imprescindible reverso el autor; el deudor, y su insoslayable contracara el acreedor²⁴, se unen, en el lenguaje del Proyecto, en el damnado (víctima-acreedor, por un lado) y el agente dañador (autor-deudor, por el otro).

²² Énfasis agregado para mostrar la inconsistencia de pensar en una obligación cuando se viola el deber de no dañar pues, en tal caso, no existía, de más está escribirlo, obligación.

²³ El Código Civil vigente las regula en el Título III (Libro II, Sección Primera) “(de los daños e intereses en las obligaciones que no tiene por objeto sumas de dinero” –arts. 519/522-.

Es oportuno, sin embargo, pensar y preguntar: **(i)** que la víctima y el autor, al nacer la obligación de reparar, devienen deudor-acreedor; **(ii)** ¿y el deudor que no paga su obligación? ¿continúa siéndolo y resulta, asimismo, responsable? ¿O se extingue su carácter de deudor de la prestación original y nace, al dañar, otro deudor?; **(iii)** ¿y el acreedor insatisfecho cuyo interés se ha lesionado? ¿continúa en tal carácter y resulta, además, víctima del daño? ¿O, por el contrario, muere como acreedor y se transforma, sin más, en víctima (acreedor) del daño padecido?

d. En suma, la unificación de los ámbitos, regiones (contractual-extracontractual), de la responsabilidad se despliega en los artículos proyectados y se confiere, al adoptarse la tesis de la “*unidad del fenómeno de la ilicitud*”²⁵, la “*unicidad*” al doble régimen aludido²⁶.

Es que los presupuestos de la responsabilidad civil o de la “función resarcitoria”²⁷ (en rigor: los presupuestos para que nazca la obligación de reparar) resultan, en el Proyecto, los mismos ya sea que se viole el deber de no dañar o, por el contrario, que no se pague (incumpla) una obligación. Tales son: **(i)** antijuridicidad; **(ii)** factores de atribución (subjetivo-objetivo); **(iii)** relación de causalidad (extensión del resarcimiento); y **(iv)** daño resarcible²⁸.

e. Resulta ineludible, por último, alertar acerca de lo siguiente: se unifica la responsabilidad contractual y extracontractual (así se lo anuncia en los fundamentos); empero, en los artículos proyectados se ha unificado, en puridad, el incumplimiento de una obligación (cualquiera sea su fuente, claro está) con la violación del deber de no dañar (delitos-cuasidelitos).

Se exhibe claro que la tradicional y universalmente aceptada clasificación (delitos-cuasidelitos) resuena en el Proyecto como violación del deber de no

²⁴ No puede pensarse el deudor sin el acreedor, y viceversa. La explicación puede verse *infra*, en la nota 95.

²⁵ Conf. Art. 1716 del Proyecto.

²⁶ En la Sección 5* “*Responsabilidad directa*”, en el artículo 1749 “**Sujetos responsables**” se aclara, asimismo, que “*(e)s responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*”

²⁷ Proyecto cit., Fundamentos, p.568.

²⁸ Los clásicos elementos del acto ilícito.

dañar²⁹ y, asimismo, que a la **responsabilidad contractual** se la identifica, sin duda alguna, con el **incumplimiento de una obligación**.

Cabe, a la luz del párrafo anterior, preguntar-interpelar: ¿es lo mismo la responsabilidad contractual que el incumplimiento de una obligación? ¿la responsabilidad contractual no deriva del incumplimiento de un contrato? Y entonces: ¿es un disonante desacierto o, por el contrario, un notable acierto del Proyecto?

III. El notable acierto del Proyecto al eliminar del articulado los equívocos y confusos vocablos “responsabilidad contractual-extracontractual”.

El supuesto que anida en la unificación realizada resulta la uniforme³⁰ opinión de la doctrina autoral³¹ que hace tiempo postula la unión entre las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad³².

Importa enfatizar, sin mayores preámbulos, que ha pasado desapercibido para la mayoría de la doctrina que tales palabras provienen, en rigor, del método defectuoso del Código Civil francés³³ que ha sido superado³⁴, al diseñar una teoría general de la obligación, por nuestro codificador³⁵ y criticado por éste, asimismo, en tres significativas notas³⁶.

²⁹ Se omiten las equívocas palabras “responsabilidad extracontractual”.

³⁰ En verdad, no es uniforme. Las discrepancias son notables desde que los autores no se ponen de acuerdo acerca de la definición (extensión, designación) de los vocablos “responsabilidad contractual” y “responsabilidad extracontractual”. La síntesis de las distintas posturas puede verse en PIZARRO Ramón D. – VALLESPINOS Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, hammurabi, Buenos Aires, 1999, to. 2, p. 468/470.

³¹ GALDÓS Jorge M., en el trabajo cit., p. 3, reseña los “*distintos encuentros científicos*” en los que se ha expresado el aludido “consenso”. Recuerda, también, la recepción de la “*regla de la unificación de la responsabilidad civil*” en los Proyectos de 1987, 1992, 1993 y 1998.

³² Más abajo (*infra*, punto 2) se transcribe la opinión de un autor, cuyo nombre se omite, que resulta un buen ejemplo de lo que piensa, sobre el tema, una parte de la doctrina autoral.

³³ BARBERO Ariel, ob. cit. p. 20/22.

³⁴ No es un dato menor, para aproximarse a la comprensión del equívoco, que “...*en la primera mitad del siglo XX el –idioma– francés se destacaba en derecho...*” (GARCÍA CANCLINI N., *Diferentes, desiguales y desconectados*, ed. Gedisa, 2004, p. 185).

³⁵ Y también, claro está, por el Proyecto de Código Civil y Comercial.

³⁶ Como se verá más adelante, a saber: (i) a la Parte Primera “*De las obligaciones en general*”, Sección Primera del Libro II del Código Civil; (ii) al art. 499 del C.C.; y (iii) al 505 del C.C..

Desde tal perspectiva, vale decir extendida incomprensión que afecta a parte de la doctrina autoral y jurisprudencial³⁷, resulta muy importante la categórica eliminación que realiza el Proyecto. La aludida supresión, cabe conjeturarlo, abreva en las enseñanzas de una de las integrantes de la comisión redactora. Ha señalado, en efecto, la jurista Highton de Nolasco que la equiparación “*responsabilidad contractual = contrato, responsabilidad extracontractual = falta de contrato, es totalmente falsa*”³⁸. Probablemente los términos utilizados son los que propician la confusión”³⁹.

Conviene mostrar, en tales condiciones, por qué los términos aludidos son equívocos o, en otros términos, exhibir el acierto del codificador originario a la luz⁴⁰ de la confusión que se ha expandido en parte de la doctrina autoral y jurisprudencial.

1. La sorprendente actualidad de las palabras de Vélez Sársfield.

*“Es raro, la gente cree que dice lo que piensa. Yo creo que es al revés: termina pensando lo que dice. Y que de tanto repetir cree en sonidos, nada más”*⁴¹

Conviene recordar que el codificador originario: **(i)** destacó que el Código Francés confunde los contratos con las obligaciones, es decir la causa con el efecto; y que este equívoco provoca una “*inmensa confusión en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse*”⁴²; **(ii)** descalificó con severidad,

³⁷ He criticado, con acritud, la doctrina legal de la Suprema Corte provincial sobre el plazo de prescripción aplicable a la responsabilidad del Estado y del médico por la deficiente prestación del servicio de salud. Ello así, desde que se ha edificado sobre tales equívocos vocablos. El trabajo se puede leer, dispéñese la antipática cita, en BERIZONCE Roberto O.-LOGAR Ana Cristina, Coordinadores, *Doctrina Actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni,, p.46/57.

³⁸ Esta equiparación se lee v.gr. en GALDÓS Jorge M., trabajo cit. p.3. Véase, en tal sentido, el contenido de los paréntesis que el autor introduce al art. 1716 del Proyecto.

³⁹ HIGHTON Elena, *Responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual?*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-659.

⁴⁰ Oscuridad.

⁴¹ BÁÑEZ Gabriel, *La cisura de Rolando*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, año 2008, p.93.

⁴² Nota a la Parte Primera cit..

también, el método de aquél código⁴³; y (iii) luego de enumerar a las fuentes de la obligación, enseñó que, “*para proceder con orden*”, “*debieron abrazar en un solo título todas las obligaciones en general...*”.

Nuestro codificador enunció, además, la explicación, la razón, de tal defecto metódico, “*...nace –dijo- de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento a la obligación y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato*”.

La consecuencia de este olvido es que “*al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que sólo son una de las fuentes de las obligaciones*”⁴⁴.

En la recordada metodología, la obligación –efecto- resulta soslayada, ignorada, pues se trata tan sólo una de sus causas (contrato). He aquí el turbio manantial de numerosos errores, de lamentables equívocos que se expandieron en la doctrina autoral y jurisprudencial. Se mostrarán, a continuación, algunos.

2. La responsabilidad contractual o el insólito olvido de la diferencia entre obligación y contrato.

a. Es un lugar común, aunque existen excepciones, escribir –y pensar- que la *responsabilidad contractual* es aquella que surge del incumplimiento de un contrato⁴⁵, la que deriva de un contrato⁴⁶ o, en similar sentido, la engendrada por la violación de compromisos contractuales⁴⁷.

Se la presenta en forma casi universal, asimismo, conjuntamente con la *responsabilidad extracontractual* (delictual, aquiliana, o por hechos ilícitos). Se trata, se dice, de regiones, campos, órbitas que conforman el universo de la responsabilidad civil.

⁴³ “*Nada hay más vicioso...*” según la cita del codificador de ZACHARIE. Somete, además, a una división ilógica (obligaciones convencionales y obligaciones –*engagement*- que se forman sin convención) a la unidad natural de la materia y “*causa una mezcla de las ideas más incoherentes*” (Nota a la Parte Primera cit.).

⁴⁴ Nota del codificador ya citada *supra*.

⁴⁵ IBARLUCÍA Emilio A., en su ensayo sobre *Antijuricidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional*, en La Ley, ejemplar del 28-12-2011, p. 5.

⁴⁶ S.C.B.A., Ac.79.514, sent. del 13-8-2003; entre muchos otros.

⁴⁷ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS en su conocido compendio de Derecho de las Obligaciones, Ed. Platense, vol. II, p. 577 .

En tales discursos, se puede observar cómo las ancianas palabras del codificador decimonónico se revisten de desconcertante actualidad. En efecto:

(i) Primero, por cuanto olvidan, al presentar a la *responsabilidad contractual* así, que “...una cosa es el contrato que da nacimiento a la obligación y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato”⁴⁸.

De ahí que corresponde precisar, para corregir este olvido, que la *responsabilidad contractual* se origina, en rigor, en el incumplimiento de una obligación que nace, a su vez, de un contrato. Se incumple, va de suyo, la obligación nacida de un contrato.

Dicho de otro modo, la oración “*la responsabilidad contractual es aquella que surge del incumplimiento de un contrato*” es una oración *elíptica* o, lo que es similar, una forma abreviada de la oración “*la responsabilidad contractual es aquella que surge del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato*”.

Corresponde, por ende, *prolongar*⁴⁹ a la oración criticada y repetir interiormente que “*la responsabilidad contractual se refiere, en puridad, al incumplimiento de una obligación contractual, vale decir a aquella obligación nacida de un contrato*”.

Empero, tal correctora *prolongación* no resulta suficiente para evitar los errores y malentendidos que provoca la repetición acrítica de tales vocablos (*responsabilidad contractual*).

(ii) Segundo, desde que “*al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trata únicamente de los efectos y causas de los contratos, que sólo son una de las fuentes de las obligaciones*”⁵⁰.

Importa aclarar que la *responsabilidad contractual* aparece en el campo de la teoría general de la obligación cuando se discurre sobre los efectos del no pago de la obligación nacida de cualquier fuente.

En otros términos, a los efectos anormales (incumplimiento) de la obligación, a la falta de pago de ella, algunos autores los denominan *responsabilidad contractual*. Y el uso de tal denominación, en tanto remite “*en el plano más*

⁴⁸ De la nota del codificador a la Parte Primera “*De las obligaciones en general*” cit..

⁴⁹ WITTGENSTEIN Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Ed. Crítica, Barcelona, 4ta. ed., año 2008, p.33.

⁵⁰ De la nota cit. a la Parte Primera.

exterior”⁵¹ al incumplimiento de un contrato, “al tratar de los efectos de las obligaciones” –falta de pago- induce a tratar “únicamente de los efectos...de los contratos”⁵², que sólo son una de las fuentes de las obligaciones”.

Es que numerosos autores no *prolongan* la oración abreviada, no aclaran la oración *elíptica* y caen presos, al incurrir en tal omisión, de la confusión o, mejor expresado, de la trampa que les tiende el lenguaje⁵³. El lenguaje juega, en el caso, con nuestro hablar de tal manera que éste se deja llevar con gusto a las significaciones de las palabras que están sobre todo en el plano más exterior⁵⁴. Y las significaciones que están en el plano más exterior remiten, claro está, al contrato y no, ciertamente, a la obligación.

No se piensa, en tales circunstancias, en la obligación o, expresado de otro modo, se produce un sorprendente –y extendido- olvido que cierra la posibilidad de pensar que lo no pagado resulta, pues, una obligación (independientemente de la causa-fuente que le otorgó la vida –contrato, delito, ley, etc.-).

Conviene insistir: cuando se escribe -en el ámbito de la teoría general de la obligación- *responsabilidad contractual* se debe aclarar, y precisar, a renglón seguido, que tales vocablos se refieren a las consecuencias de no pagar una obligación cualquiera haya sido la fuente de la que nació.

En tal sentido, se ha señalado que carece de rigor científico esta terminología -llamar “contractual” a la responsabilidad de marras- porque tal responsabilidad no dimana sólo de la violación de obligaciones contractuales sino también de la infracción de obligaciones nacidas de otras fuentes⁵⁵.

Expresado enfáticamente, de contractual tal responsabilidad no tiene, como se ve, nada aunque se la denomina así porque generalmente la obligación preexistente que vincula al culpable (responsable) con la otra parte proviene de un

⁵¹ HEIDEGGER Martín, *Qué significa pensar*, ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 118/119.

⁵² Incumplimiento de la obligación contractual. Tal incumplimiento es, en puridad, el efecto del efecto. Es que el contrato es causa de la obligación –efecto- y el incumplimiento es el efecto de la obligación contractual.

⁵³ Los alumnos, en las mesas de exámenes para libres y aún los cursantes después de la explicación –con las debidas aclaraciones- del tema, contestan en forma casi unánime que la “responsabilidad contractual es la que surge del incumplimiento de un contrato”.

⁵⁴ HEIDEGGER Martín, ob. cit. en la nota 51, p. 118/119

⁵⁵ Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Coimbra editora, 7ma. ed., año 2010, p.330.

contrato⁵⁶. Sería más apropiado, en todo caso, escribir *responsabilidad obligacional*⁵⁷

El discurso que escribe *responsabilidad contractual* (engañado, también, por la importancia y preponderancia del contrato como fuente principal de la obligación) es instrumento del no ver, del ocultamiento, de la clausura del camino hacia el pensar el ser-obligación.

En suma, los autores que escriben –y piensan- del modo criticado “...confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. ‘¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligación, cuando las más veces la obligación no es sino un efecto del contrato?...’”.

“Si la obligación no produce jamás los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligación. Sin duda que si el contrato puede producir la obligación misma, puede arrastrar consigo los efectos de esta obligación; más los llevará como consecuencias ulteriores y no como engendrados por él... En fin, si la obligación y por consecuencia sus efectos, pueden resultar del contrato, pueden también nacer de otro origen: por lo tanto, los efectos del contrato no pueden ser jamás producidos por la obligación...”^{58 59}.

(iii) Tercero, porque, al anclar la responsabilidad en la violación del contrato, se reduce el fenómeno de la falta de pago (incumplimiento) solamente al supuesto de las obligaciones contractuales y se soslaya, por lo tanto, que se está en el ámbito de los efectos de las obligaciones en general.

Tal inadmisibles reducción⁶⁰, al dejar fuera del análisis a la falta de pago (incumplimiento) de las obligaciones que nacen de otras fuentes, “*causa una inmensa confusión en la jurisprudencia*”⁶¹.

⁵⁶ LLAMBÍAS Jorge Joaquín, ob. cit., 2da. ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, to. III, p. 556

⁵⁷ Como lo hacen v.gr. PIZARRO Ramón D. – VALLESPINOS Carlos G., ob. cit., p. 469.

⁵⁸ Su remisión a MARCADÉ: tomo IV, n° 460 y 461.

⁵⁹ Nota al art. 505 del Cód. Civil.

⁶⁰ “...Ha resultado de esto que no hay –en tales discursos- un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas...” VÉLEZ, en la nota cit. a la Parte Primera, se refiere al código francés aunque, *mutatis mutandi*, su conclusión puede aplicarse a los autores que piensan tal responsabilidad como la derivada de un contrato.

⁶¹ Un ejemplo puede verse en la sentencia de la Suprema Corte provincial Bs. As., Ac. 79.514, “Castillo”, del día 13 de agosto de 2003.

El Proyecto, al eliminar, por un lado, a la *responsabilidad contractual* y al incluir, por otro, al incumplimiento de una obligación como fuente de la obligación de reparar, introduce un cono de luz en la oscuridad mostrada.

b. En otros discursos, después de enunciar que la responsabilidad, en su visión actual, unifica⁶² dos sectores que tradicionalmente se desarrollaron por separado: la responsabilidad por hechos ilícitos y la responsabilidad por incumplimiento contractual; y de caracterizar correctamente a la primera, se explicita, para mostrar la diferencia entre ambos sectores, que en la órbita contractual “*alguien promete a otro proporcionar una cosa o un servicio, y desde ese momento nace un vínculo específico entre ambos (la relación contractual⁶³)*”.

“*Luego, a la hora de cumplir esas obligaciones así contraídas⁶⁴, el obligado no lo hace, o lo hace de modo defectuoso y ese comportamiento ocasiona un daño a su contraparte... Ese menoscabo, ese perjuicio ocasionado por la diferencia entre lo debido y lo recibido, es en términos jurídicos, también un daño, pero –se concluye- de fuente contractual*”.

La caracterización de la responsabilidad por incumplimiento contractual podría ser, ciertamente, así. Sin embargo, en modo alguno lo es. O, dicho de otro modo, el enunciado –y su caracterización- sería correcto solamente si se aclarara la elipsis⁶⁵ y si además se advirtiera acerca de la reducción del horizonte de la responsabilidad al incumplimiento de las obligaciones contractuales⁶⁶ –como lo hace el código francés-; en tal caso, se deberá precisar, también, que la *responsabilidad contractual* nombra, en rigor, al incumplimiento de cualquier obligación.

La denominación resulta –me permito insistir-, en el ámbito de la teoría general de la obligación, incorrecta y provoca una extendida confusión y errores

⁶² Visión que porta, por un lado, los defectos que destacara VÉLEZ SÁRSFIELD; y, por otro, con olvido del Código Civil, es decir violando a la Ley, unifica lo que no debe unificarse.

⁶³ No podemos olvidar que la obligación, vale decir ese “vínculo específico”, nace de diversas fuentes, no solo de la “relación contractual”.

⁶⁴ El enunciado reduce notablemente el fenómeno de la falta de pago (incumplimiento). Se escribe, solamente, acerca del incumplimiento de las obligaciones contractuales y se olvida, por lo tanto, a las obligaciones que nacieron de las otras fuentes (delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, etc.). Tales obligaciones, de más está escribirlo, pueden, también, incumplirse.

⁶⁵ Como lo hace el autor que he citado.

⁶⁶ Esto lo pasa por alto, no lo advierte, el discurso que he transcripto.

que, en algunos casos, “*no pueden corregirse*”. La confusión se ha extendido porque en numerosos discursos no se aclara la elipsis, vale decir no se explicita que la *responsabilidad contractual* es, en puridad, aquella que surge del incumplimiento de una obligación que nació de un contrato.

Y aunque se la aclare, el equívoco persiste cuando se pretende hacer jugar tal denominación en el ámbito de la teoría general de la obligación, v.gr. al dividir la responsabilidad en dos grandes campos (*contractual* y *extracontractual*⁶⁷). Sólo una cosa, entonces, hay: es el olvido de la obligación o, mejor precisado, de que la *responsabilidad contractual* es, en verdad, la falta de pago de la obligación, el incumplimiento de cualquier obligación.

Una muestra de esto, vale decir de los errores que –quizás- “*no pueden corregirse*”, puede verse en las generalizadas –y equivocadas- preguntas acerca de si la responsabilidad de los profesionales, el transporte oneroso de personas, el transporte benévolo, etc. resultan supuestos de *responsabilidad contractual* o *extracontractual*. Estos falsos dilemas se desvanecen, importa resaltarlos, con la unificación realizada por el Proyecto.

Las preguntas deberían bailar, admítase la metáfora, al compás de la obligación y no del contrato. Se debe preguntar, en tales casos, si existe -o no- una obligación previa que vincule, ligue, a las partes y no, como se ha extendido en la doctrina autoral, si existe un contrato entre ellas.

La denominación *responsabilidad contractual*, conviene enfatizarlo, no puede jugar el juego del lenguaje del derecho de las obligaciones porque dicha responsabilidad no es otra, no puede ser otra, que aquella en la que se convierte la primitiva obligación, a la postre, no pagada⁶⁸.

En pocas palabras, cuando la obligación, que puede nacer de múltiples fuentes, no se paga o se paga mal, lo que es lo mismo, se incumple; esta obligación se convierte, si no es posible el cumplimiento *in natura*⁶⁹, en la

⁶⁷ Entre tantos otros: VÁZQUEZ FERREIRA Roberto A. *Los presupuestos del deber de reparar*, en La Ley, ejemplar del día 4 de mayo de 2012, p. 2.

⁶⁸ No hay que olvidar las distintas formas, los distintos rostros, que puede asumir el incumplimiento.

⁶⁹ En este supuesto, cumplimiento específico, también existe una conversión. Es que el deudor debe la prestación principal –cumplimiento *in natura*- más los daños derivados, pues, de la falta de pago.

obligación de pagar los daños y perjuicios causados, precisamente, por no pagarla.

Se deberá escribir, en consecuencia, para captar con fidelidad el fenómeno, “incumplimiento de la obligación”⁷⁰ o “falta de pago”⁷¹ en lugar del confuso sintagma “responsabilidad contractual”.

No menos inapropiado resulta presentar una visión actual y otra tradicional para postular, por un lado, la unificación de los dos campos –*contractual*, *extracontractual*–; y, por otro, para describir la anterior separación entre ambos.

Admítase estas simples preguntas: ¿Qué es lo tradicional? ¿Qué es lo actual? ¿En qué se piensa cuando se escribe tradicional-actual? ¿Cuándo se realizó el salto de la visión tradicional a la actual? ¿Nuestro Código Civil -o el francés- es el tradicional? ¿o será la antigua opinión de la doctrina supuestamente superada por la visión actual de los nuevos autores?

Múltiples son las preguntas que desnudan, a mi entender, los errores que encierra el falso dilema (*contractual-extracontractual*), las falsas visiones (tradicional-actual) y la insólita unificación que propicia la doctrina autoral de lo que no está –no existe- dividido en nuestro código⁷².

Es que tenemos el mismo “tradicional” Código Civil, y su método ha sido celebrado –conviene recordarlo- por los autores más respetados⁷³, que no ha dividido a la responsabilidad en “*contractual*” y “*extracontractual*”. En pocas palabras, rige el mismo antiguo-actual Código cuyo apropiado método no ha sido modificado.

En efecto, la separación entre la obligación (y, claro está, sus efectos: pago, falta de pago) y sus fuentes (entre ellas: delitos, contratos, etc.) exhibe, no cabe hesitación alguna, su “tradicional” y “actual” lozanía. Esta clara separación se preserva en el Libro Tercero, como se mostrara *supra II*, del Proyecto de Código Civil y Comercial.

⁷⁰ Como lo hace, con acierto, el Proyecto.

⁷¹ BARBERO Ariel E., ob. cit. pág. 17.

⁷² He intentado mostrar el aludido aserto en *El ocaso de la obligación (la responsabilidad contractual-extracontractual)* –inédito–.

⁷³ Por todos: LLAMBÍAS Jorge J., ob. cit., p. 73, nota 1.

Sin embargo, se escribe –se piensa, se enseña- que la visión actual unifica ambos campos que antes estaban separados. Pero la Ley, el Código, ¿no es el mismo? o ¿fue declarado inconstitucional el método del Código Civil? ¿se sabe, en rigor, lo que pretende unificar la visión actual?

La confusión palpita con intensidad si se reflexiona sobre las preguntas realizadas en este punto. Es que, en el reino del desvarío semántico, la visión actual “traduce”, al parecer, el Cód. Civ. francés y, al hacerlo, “traiciona” la “tradicción” –nuestro Código-. Tal vez no sea accidental que la semántica de “traición” y “traducción” no esté enteramente ausente de la de “tradicción”⁷⁴.

En resumen, no existen, no pueden existir, dos visiones porque nos rige, en este dilemático tema, el mismo e idéntico Código Civil. El codificador ha criticado, con insistencia y severidad, la división metódica ilógica del Código francés; y la doctrina –mayoritaria- autoral y jurisprudencial ha introducido acriticamente tal división (*contractual-extracontractual*).

Los errores: ¿podrán corregirse? El proyecto, al decir que las unifica y al eliminarlas, sin embargo, del articulado, ha superado, aunque no completamente, esta extendida confusión.

c. En definitiva, al escribir –hablar, pensar- sobre la responsabilidad contractual se olvida, no se ve⁷⁵, que se debe pensar, en rigor, sobre la falta de pago de la obligación que nació de cualquier fuente. Es que la obligación, cualquiera sea su origen, puede ser incumplida. Es que la obligación que nació de un hecho ilícito (mal llamada “*responsabilidad extracontractual*”), también, puede ser no pagada.

De ahí que, ello asimilado, la utilización de tales inadecuados vocablos (“*responsabilidad contractual-extracontractual*”) produce este galimatías: la “*responsabilidad extracontractual*” origina, no pago de la obligación resarcitoria

⁷⁴ STEINER George, *Lecciones de los maestros*, Ed. Siruela, Fondo de Cultura Económica, año 2004, p.12

⁷⁵ Como en “la carta robada” del célebre, y homónimo, cuento de Edgar Allan POE.

mediante, a la “*responsabilidad contractual*”⁷⁶. El Proyecto, por lo tanto, al eliminarlas permite superar este lamentable enredo⁷⁷.

Es pertinente escribir, para superar la confusión anterior, que el hecho ilícito origina⁷⁸ la obligación de reparar el daño causado⁷⁹ y, en tal caso, el deudor es responsable, con su patrimonio⁸⁰, por no pagar la obligación. El deudor, en verdad, es responsable patrimonialmente por no pagar cualquier obligación, vale decir, la nacida de los contratos, de los delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa, de la ley, de la declaración unilateral de la voluntad, etc.. La noción de responsabilidad se actualiza cuando el deudor no paga, es decir cuando no cumple su deber específico y calificado o, lo que es igual, su obligación.

3. La *responsabilidad extracontractual* o “las cosas no responden a sus nombres”.

“...Así que, lo que llamábamos ‘cielo’ no lo es; ‘amor’ no; ‘eterno’ no. Las cosas no responden a sus nombres...”⁸¹.

a. En el método del Código Civil francés se encuentra el origen de la expresión “extra-contractual”, vale decir todo lo que no provenga de un contrato⁸² resulta “extracontractual” y, por lo tanto, en esta amplísima órbita corresponde incluir al resto de las obligaciones –no contractuales-.

La presencia, en el vocablo “extracontractual”, del prefijo “extra”, que significa “fuera de”⁸³ (pensar, por ejemplo, en extrajudicial, extraordinario⁸⁴),

⁷⁶ Y, para completar el galimatías, ¿el no pago de esta obligación resulta, como lo afirman algunos autores, un hecho ilícito? La confusión, el embrollo de las ideas, la aporía resulta, pues, ostensible.

⁷⁷ Aunque subsiste esta aporía: la violación del deber de no dañar origina una obligación cuyo incumplimiento, a su vez, “da lugar a la reparación del daño causado”, es decir, una obligación cuyo incumplimiento, a su vez... Y así hasta el infinito de la incompreensión.

⁷⁸ Violación del deber de no dañar, según art. 1716 del Proyecto.

⁷⁹ Conf. arts. 1074 y conec. del Código Civil.

⁸⁰ Conf. art. 743 del Proyecto.

⁸¹ ELYTIS Odysseas, *Elegías de oxópetra*, poema *Verbo el oscuro*, Ed.. Nuevohacer, 1999, Buenos Aires, p.46.

⁸² BARBERO Ariel E., ob. cit., pág. 20.

⁸³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, vigésima primera ed., to.I, p. 933.

⁸⁴ Admítase el pueril ejemplo agregado.

explica la comprensión anterior, es decir si la obligación no nació de un contrato es una obligación de fuente extracontractual.

En tales circunstancias, parte de la doctrina autoral y jurisprudencial incluye, equívocamente, en el ámbito de la *responsabilidad extracontractual* a las obligaciones que nacen de las otras fuentes, es decir a las obligaciones que “se forman sin convención”.

b. Señala LLAMBÍAS que el régimen de *responsabilidad extracontractual* no obstante el sentido de esa terminología que parece referirse a cualquier situación ajena a un contrato, sólo comprende a los hechos ilícitos culposos o dolosos⁸⁵.

El respetado jurista afirma, asimismo, que en general los autores se atienen a la literalidad de las expresiones “contractual” y “extracontractual” y nos alerta que tal comprensión quiebra la teoría general de la obligación desarrollada por el codificador en la parte primera (De las obligaciones en general) de la Sección primera del Libro Segundo⁸⁶.

En suma, en nuestro Código Civil lo “extracontractual” no comprende a lo “extra-contractual” sino a los delitos y cuasidelitos; y en el Proyecto, conviene aclararlo, a la violación del deber de no dañar⁸⁷.

c. En efecto, los hechos ilícitos culposos o dolosos o, con mayor precisión, los delitos y cuasidelitos⁸⁸, causa-fuente de la obligación de reparar⁸⁹, aparecen encubiertos por la confusa y equívoca denominación. Cuando se escribe, cuando se oyen los vocablos *responsabilidad extracontractual* falsos y confusos tonos resuenan en los oídos de estudiantes, profesores, autores.

Falsos tonos que nos llevan a pensar, escribir y difundir, con pretensión de objetividad, que la *responsabilidad extracontractual* se refiere a todas las obligaciones que no son contractuales, a las que nacen sin convención, es decir a las obligaciones que nacen de las fuentes que están “fuera” del contrato (delitos,

⁸⁵ LLAMBÍAS Jorge J., ob. cit., 2da. ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, to. III, p. 557.

⁸⁶ LLAMBÍAS Jorge J. ob. cit., 2da. ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, to. III, p. 557, nota 120.

⁸⁷ Conf. art. 1716

⁸⁸ Que incluye no sólo a los hechos ilícitos culposos sino, también, a todos los hechos ilícitos, que no son delitos, previstos en el Título IX (De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos) de la Sección segunda del Libro Segundo.

⁸⁹ Conf. art. 499, 1077, 1078, 1079, 1081 y conchs. del Código Civil.

cuasidelitos, ley, declaración unilateral de la voluntad, enriquecimiento sin causa, etc.).

d. Se impone escribir, para evitar equívocos y confusiones, que los hechos ilícitos, comprensivos de los delitos y cuasidelitos, resultan causa fuente de la obligación de reparar. Ni siquiera es apropiado decir que la responsabilidad, en el caso, surge de los hechos ilícitos⁹⁰. Es que, en rigor, lo que surge, lo que nace como sanción por cometer un delito-cuasidelito o, lo que es similar, por violar el deber de no dañar, es la **obligación** de repararlo.

e. En suma, lo que llamábamos “*responsabilidad extracontractual*” no lo es, “responsabilidad” no, “extracontractual” no. Las cosas, como lo escribió el genial poeta, “*no responden a sus nombres*”.

IV. Las grietas abiertas, por el propio Proyecto, en la unificación.

a. La idea de unidad del fenómeno de la ilicitud, de unificación de los ámbitos, se ponen en crisis por los propios fundamentos que exhibe el Proyecto. En efecto, se lee que:

(i) “(l)a tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual **no implica la homogeneidad**⁹¹, ya que **hay diferencias que subsisten...**”;

(ii) “...la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual...”;

(iii) “...En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños”.

b. Resulta esencial, a la luz de tal argumentación, interrogar: ¿por qué la unidad no es unidad? ¿por qué la unificación “*no implica homogeneidad*”? ¿cuáles son las *diferencias que subsisten*?

⁹⁰ Violación del deber de no dañar según el Proyecto (art. 1726).

⁹¹ Homogeneidad: calidad de homogéneo. Homogéneo: 1. adj.. Perteneciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres. 2. adj. Dicho de una sustancia o de una mezcla de varias: De composición y estructura uniforme. 3. adj. Dicho de un conjunto: Formado por elementos iguales... (Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, consulta on-line:<http://buscon.rae.es/drae/>)

Corresponde preguntar, también, si la no homogeneidad o, lo que es igual, las diferencias que subsisten se limitan solamente a la existencia de una doble regulación; a saber: (i) por un lado, *la problemática derivada del incumplimiento y su ejecución*; y (ii) por otro lado, los “*demás aspectos que se incluyen en la responsabilidad por daños*”.

Ahora bien: ¿qué se entiende por incumplimiento y su ejecución? ¿cuáles son los demás aspectos supuestamente no incluidos en el ámbito obligacional y contractual? ¿la problemática del incumplimiento se regula en los señalados ámbitos?

c. No es exagerado conjeturar acerca del asombro y perplejidad que puede ocasionarle a la mayoría de la doctrina, acostumbrada a postular la existencia⁹² de la unificación de los ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual, estar frente a: **(i)** la “*no homogeneidad*” de la unidad; **(ii)** las diferencias que subsisten; y **(iii)** esta doble, y sorprendente después de realizar la unificación, regulación –incumplimiento y su ejecución, por una parte; y los demás aspectos que se incluyen en la responsabilidad por daños, por la otra-.

Se han reseñado *supra II* los artículos que ponen de relieve la unificación o, con las palabras de los miembros de la comisión, la “*regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad*”.

Queda en pie, por lo tanto, mostrar la no homogeneidad, las diferencias y, asimismo, la doble regulación. Después de tal recorrido: ¿podrá afirmarse, sin caer en el abismo de la contradicción y de la incomprensión, que se ha unificado los ámbitos de la responsabilidad?.

Se mostrará, en tal sentido, la no homogeneidad o, es lo mismo, las diferencias que subsisten en las normas que el Proyecto presenta en el marco de los presupuestos de la responsabilidad civil (obligación de reparar). El análisis y el sintético comentario se limita a tales normas hasta la sorprendente aparición de la doble, y casi idéntica, regulación que exhibe la **imposibilidad de cumplimiento**. El asombro que provoca tal fenómeno se usará como disparador para presentar la

⁹² La criticada “visión actual” (*supra III, 2.*).

ambigua, en varios sentidos, relación que existe, en el Proyecto, entre la “responsabilidad civil” y la “obligación”.

d. Se proyectan, en efecto, en el Título V, Capítulo 1, Sección 3*, artículos que exhiben, sin duda alguna, las señaladas diferencias o, en otros términos, “*los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños*”. Así:

* “**Artículo 1719.- Asunción de riesgos.** *La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.- Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido*”.

La asunción de riesgos y el acto de abnegación resultan “figuras” que juegan solamente en el ámbito de los delitos o cuasidelitos o, con el lenguaje del Proyecto, de la violación del deber de no dañar a otro. Expresado de un modo categórico: no hay posibilidad lógica-ontológica para aplicarlas en el ámbito de la falta de pago de una obligación.

* “**Artículo 1720. Consentimiento del damnificado.** *Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles*”.

La aludida norma resulta aplicable cuando existe una obligación previa entre las partes, de ahí que juega solamente en el ámbito del incumplimiento de una obligación. Es conocida la utilización del mencionado consentimiento en el ámbito de la obligación legal que pesa sobre los médicos⁹³ y, también, de la obligación contractual que asumen los establecimientos asistenciales. No se

⁹³ El médico siempre está obligado frente al paciente independientemente de la suscripción o no de un contrato. Las razones las explicité en la ob. cit. en la nota 72.

ignora que la doctrina utiliza otra manera para nombrarlas (responsabilidad de los profesionales y de los establecimientos asistenciales)⁹⁴.

* **“Artículo 1723. Responsabilidad objetiva.** *Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.*

La presencia en el artículo transcrito del “deudor”⁹⁵, de las “circunstancias de la obligación”⁹⁶ o de lo “convenido por las partes”⁹⁷ remite, ciertamente, a la teoría general de la obligación y, asimismo, particularmente a la nacida de un contrato. Dicho de otro modo, este artículo se aplica cuando entre las partes exista una obligación. Cabe objetar, dicho sea de paso, el uso impropio del vocablo “responsabilidad” pues, en rigor, el artículo debió referirse al “factor de atribución”⁹⁸.

* **“Artículo 1728. Previsibilidad contractual.** *En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando exista dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.*

Muy claro está que el artículo del párrafo anterior se aplica solamente a las obligaciones que nacen de los contratos. De manera que, para el resto de las obligaciones, vale decir las nacidas de las otras fuentes, y para la violación del deber de no dañar, juega el régimen de imputación de las consecuencias previsto en el art. 1726 del Proyecto. Importa aclarar que esta diferencia tiene una naturaleza distinta a las anteriores o, mejor precisado, la línea demarca otros ámbitos.

⁹⁴ Se utiliza la palabra “responsabilidad” de un modo no técnico y ello genera no pocos malentendidos.

⁹⁵ Que llama al “acreedor”. “Deudor-acreedor” son palabras fundamentales, primordiales, del lenguaje del derecho de las obligaciones; tales palabras indican, desde tal perspectiva, relaciones: no hay “*deudor en sí*”, sino solamente el “*deudor*” de la palabra primordial –“*deudor-acreedor*”-. He parafraseado a BUBER Martín, “Yo y tú”, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 1994, p.8/9.

⁹⁶ Cualquiera sea, claro está, la fuente que le dio el ser a la obligación.

⁹⁷ Contrato –causa- que es fuente, dispéñese la explicación, de la obligación –efecto-.

⁹⁸ Podría agregarse este artículo al art. 1722. La posible redacción: Artículo 1722. **Factor objetivo:** *El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. También lo es, cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.*

En efecto, aquí, en este artículo, la línea divisoria separa el no pago (incumplimiento) de las obligaciones nacidas de los contratos, de la falta de pago (incumplimiento) de las otras obligaciones y, asimismo, de la violación del deber de no dañar. Mientras que, por el contrario, las fronteras anteriores distancian el no pago (incumplimiento) de cualquier obligación, de la violación del deber de no dañar.

* **“Artículo 1732. Imposibilidad de cumplimiento.** *El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable⁹⁹, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”.*

Este artículo se mueve solamente al compás de la teoría general de la obligación y la diferencia es tan acentuada con la violación del deber de no dañar que en el Título I “Obligaciones en general”, Capítulo 5 “Otros modos de extinción”, Sección 6* **“Imposibilidad de cumplimiento”** se proyectan:

“Artículo 955. Definición. *La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad¹⁰⁰. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, **la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados**¹⁰¹”.*

“Artículo 956. Imposibilidad temporaria. *La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.*

e. La imposibilidad de cumplimiento muestra en el Proyecto un doble, cual Dios Jano, rostro pues mira hacia la responsabilidad civil¹⁰² y, asimismo, hacia la

⁹⁹ Patrimonialmente.

¹⁰⁰ Patrimonial.

¹⁰¹ El énfasis abre un hondo interrogante si se lo piensa a la luz-oscuridad de lo dicho por la comisión en los fundamentos del “Código...”. (p.563/563) sobre las dos tesis (“de la autonomía”-“de la unidad”), “que divide a la doctrina”, acerca del incumplimiento.

¹⁰² Conf. art. 1732.

teoría general de la obligación¹⁰³. En otros términos, tal imposibilidad exime del “cumplimiento” y de la “responsabilidad”, por un lado; y, asimismo, “extingue” la obligación sin “responsabilidad”, por el otro. ¿Qué oculta, cuál es el enigma de esta doble mirada?

Antes de ahondar en el esencial interrogante del párrafo anterior, conviene preparar conceptualmente el terreno de la doble regulación y exhibir, por lo tanto, algunos artículos que interpelan, también, a la unificación realizada. O, con las palabras del Proyecto, muestran “*las diferencias que subsisten*” o, lo que es igual, que “*la problemática del incumplimiento y su ejecución*” se regula en el campo obligacional. Tales artículos se proyectan en el Título I “*Obligaciones en general*” del Libro Tercero; y dicen:

* “**Artículo 724. Definición.** *La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés*”¹⁰⁴

“**Artículo 730**¹⁰⁵. **Efectos con relación al acreedor.** *La obligación da derecho al acreedor a:*

- a) *emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado*¹⁰⁶;
- b) *hacérselo procurar por otro a costa del deudor;*
- c) *obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”*

Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente....”¹⁰⁷.

“**Artículo 743. Bienes que constituyen la garantía.** *Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El*

¹⁰³ Uno de los tantos medios de extinción de las obligaciones (conf. art. 955).

¹⁰⁴ Ubicado en el Capítulo I “*Disposiciones generales*”

¹⁰⁵ Es una copia, casi literal, del actual art. 505 del Código Civil. Está ubicado –este art. 730– en el Cap. I cit. en la nota anterior.

¹⁰⁶ Es conveniente pensar en “está obligado” pues se transita el régimen de las obligaciones en general, vale decir, de la obligación autónoma nacida de diversas fuentes. Está de más decir que la expresión “a que se ha obligado” remite a la obligación que nació de un contrato.

¹⁰⁷ Con el énfasis se pretende resaltar lo obvio: se está visitando a las obligaciones en general, a la obligación que nace de cualquier fuente.

acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito...¹⁰⁸.

“Artículo 777¹⁰⁹.- Ejecución forzada. El incumplimiento imputable de la prestación da derecho a:

- a) *exigir el cumplimiento específico;*
- b) *hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor;*
- c) *reclamar los daños y perjuicios*”.¹¹⁰

Los artículos transcritos: ¿muestran que el incumplimiento y su ejecución habitan la región de las “obligaciones en general”? Sí, desde luego. Pero ¿no exhiben algo más? Muestran, ciertamente, algo más, mucho más.

En efecto, la definición de la obligación, los efectos de ésta con respecto al acreedor, la facultad que se le abre a éste ante el fenómeno del incumplimiento imponen precisar que relación existe entre la obligación, su no pago y la responsabilidad en su función resarcitoria.

En otras palabras, a la luz de tales artículos, el incumplimiento es uno de los efectos primordiales¹¹¹ de la obligación –impulsa la caída de ésta en su segundo tramo- y le abre al acreedor la posibilidad de ejecutar forzosamente a su deudor¹¹² para satisfacer su interés y, frente a la persistencia de la negativa del deudor- responsable, exigir la venta judicial de los bienes que integran la garantía patrimonial.

Corroborar lo expuesto, y disipa cualquier vacilación, no sólo lo establecido en el art. 955 cit. –vale decir que frente al incumplimiento imputable del deudor **la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados**- sino también los propios fundamentos que explicita la comisión al justificar la definición normativa de la obligación.

¹⁰⁸ Proyectado en el Capítulo 2 “*Acciones y garantía común de los acreedores*”, Sección 3* “*Garantía común de los acreedores*”.

¹⁰⁹ Es notable la similitud entre este artículo y el art. 730.

¹¹⁰ Ubicado en el Capítulo 3 “*Clases de obligaciones*”, Sección 2* “*Obligaciones de hacer y de no hacer*”.

¹¹¹ El otro es el pago. Este esencial fenómeno cierra el tramo del débito. Una de las dos etapas, según los fundamentos que presenta la comisión (ob.cit., p. 507), de la “verdadera estructura institucional” de la obligación

¹¹² Tres posibilidades se abren en este segundo tramo. Las enunciadas en los incisos a), b) y c) de los arts. 730 y 777.

En efecto, enseñan sus integrantes, que “(l)a definición propuesta pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el débito y **la responsabilidad** como tramos de una misma relación obligatoria...”¹¹³.

En suma, asoma en el horizonte de la obligación este dilema: la “responsabilidad” se despliega en el ámbito de los efectos de las obligaciones¹¹⁴ como uno de los tramos de la relación obligatoria¹¹⁵; y, asimismo, en la región de las causas fuentes de la obligación¹¹⁶.

La **responsabilidad**: ¿efecto del efecto o solamente causa-fuente? ¿elemento técnico de la obligación o uno de sus orígenes? ¿podrá disolverse este ontológico dilema?

V. Repaso: la unificación de los ámbitos y, a su vez, su clara separación ¿se regula el mismo fenómeno¹¹⁷ en dos regiones distintas?.

a. El Proyecto unifica, pese al anuncio de que se unifica la “*responsabilidad contractual y extracontractual*”, la violación del deber de no dañar con el incumplimiento de una obligación. Ambos fenómenos, unidos en la fuente de las obligaciones “responsabilidad civil”¹¹⁸, “*da(n) lugar a*¹¹⁹ *la reparación del daño causado*”¹²⁰ o, expresado con mayor precisión, resultan la causa-fuente de la obligación de reparar. **La responsabilidad**, en su función resarcitoria, **es causa**, por lo tanto, **del efecto obligación**.

Los presupuestos de la responsabilidad civil, de la función resarcitoria o, mejor dicho, de la obligación de reparar resultan: (i) antijuridicidad, (ii) factores de atribución (objetivos-subjetivos); (iii) relación de causalidad; y (iv) daño resarcible.

¹¹³ Proyecto de Código cit., p. 507.

¹¹⁴ Arts. 724, 730, 770 y concs. Proyecto cit.

¹¹⁵ Fundamentos cits.

¹¹⁶ Art. 1716 y concs. Proyecto cit..

¹¹⁷ La falta de pago de una obligación cualquiera sea su fuente.

¹¹⁸ Recordar: Título V “*Otras fuentes de las obligaciones*”, Capítulo 1 “*Responsabilidad civil*”. Sección 3* “*Función resarcitoria*”

¹¹⁹ Se ha dicho, en otro contexto discursivo, que “*la palabra ‘da-lugar-a’... design(a) la esencia de la causalidad pensada por los griegos...*” (HEIDEGGER Martín, *Filosofía, Ciencia y Técnica*, Ed. Universitaria, Chile, 1997, p. 119).

¹²⁰ Conf. art. 1716 cit..

Expresado de un modo elemental: para que nazca la obligación, el comportamiento que daña (iv)¹²¹ debe ser antijurídico (i)¹²², es decir no justificado, y debe atribuirse (iii)¹²³ objetiva y/o subjetivamente al dañador quien estará obligado, por ende, a reparar las “consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” (ii)¹²⁴.

Hasta aquí la clara unificación que presenta el Proyecto.

b. Sin embargo, las diferencias entre incumplir una obligación (v.gr. no pagar el alquiler) y violar el deber general de no dañar (v.gr. matar al locador) “subsisten”¹²⁵. Se despliegan, en el Proyecto, en los artículos reseñados **supra IV, d.** Y, también, claro está, en el Título I de las “*Obligaciones en general*”.

La regulación del incumplimiento de la obligación en la región, precisamente, de la teoría general de la obligación pone en evidencia que el incumplimiento (no pago) de la obligación es uno de los efectos de ésta –anormal pues lo normal es el pago- que cae, incumplimiento mediante, en el segundo tramo, es decir en la **etapa de la responsabilidad**.

En tal caída, la prestación original se “convierte”, vale decir la obligación modifica su objeto, en la indemnización de los daños causados¹²⁶ o en su ejecución en especie (realización de la prestación primigenia) más los daños causados por violar la obligación.

El deudor, por su falta¹²⁷, deviene (se convierte en) responsable por los daños y perjuicios causados; y debe, en tales circunstancias, tolerar la agresión patrimonial que le dirigirá su insatisfecho acreedor¹²⁸. Su falta, vale decir no desplegar la conducta debida, prolongará su indeseado estado de endeudado e

¹²¹ Conf. art. 1737 cit.

¹²² Art. 1716 cit..

¹²³ Conf. arts. 1721, 1722, 1724 cits.

¹²⁴ Conf. art.1726 cit..

¹²⁵ Escribir violación del deber de no dañar, en reemplazo de delito-cuasidelito, oculta en parte las diferencias ópticas que existen entre cometer un delito y no pagar una obligación.

¹²⁶ Conf. art. 955 Proyecto cit..

¹²⁷ No pagar, incumplir.

¹²⁸ Conf. art. 743 Proyecto cit..

incrementará, previsiblemente, su prestación. El deudor es, en este segundo tramo, **también**¹²⁹ responsable.

En prieta síntesis, **la responsabilidad es uno de los tramos de la obligación.**

c. Ahora bien: el esencial fenómeno del no pago de la obligación se ha proyectado en dos Títulos distintos del Libro Tercero: **(i)** por un lado, en el Título I “*Obligaciones en general*”; y **(ii)** por otro lado, en el Título V “*Responsabilidad Civil*”.

¿Qué hay detrás de esta doble regulación? ¿Descuido, inadvertencia o, antes bien, plena comprensión de la necesidad de la doble regulación? ¿la falta de pago es uno de los efectos de las obligaciones y, a la vez, causa-fuente de éstas?

Frente a tales preguntas, en defensa de la coherencia del Proyecto, podría objetárseme: ¿pero no leyó los fundamentos del Proyecto? O, mejor dicho, ¿líneas más arriba no señaló, en más de una oportunidad, que el Proyecto distingue “*la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos*”, de los demás aspectos, que se incluyen en la *responsabilidad por daños*”? ¿Y entonces?

Ciertamente, es correcta la objeción. Sin embargo, la corrección, meramente formal, nos oculta la esencia del problema, que es éste: el mismo e idéntico fenómeno (inejecución = no pago = incumplimiento) es regulado en dos regiones que resultan óptica-ontológicamente distintas. La falta de pago es, a la luz de la regulación proyectada: **(i)** uno de los efectos de la obligación¹³⁰; y **(ii)** causa fuente de la obligación de reparar¹³¹.

En otras palabras, la sola enunciación de la existencia de una doble regulación (“regla general” y “especial”¹³²) para fenómenos supuestamente distintos (problemática del incumplimiento vs. demás aspectos) no es suficiente¹³³ para superar la innegable existencia de una doble regulación para el mismo e

¹²⁹ Se debe subrayar y enfatizar el adverbio “también” para mostrar la íntima e insoslayable continuidad que existe entre deudor y responsable.

¹³⁰ En el Título I de las “Obligaciones en general”

¹³¹ En el Título V de las “Otras fuentes de las obligaciones”

¹³² Fundamentos, Cód. cit., p.564.

¹³³ Se queda en el umbral de lo dogmático.

idéntico supuesto, esto es el fenómeno del incumplimiento (falta de pago) de una obligación.

Conviene insistir¹³⁴: si la obligación no se paga, se incumple, estamos, a la luz de los arts. 724, 730, 743, 777 del Proyecto, frente a uno de los efectos primordiales de la obligación que abre su segundo tramo –el de la **responsabilidad**–.

En esta segunda etapa, se empodera al acreedor para que actualice sus facultades, en pos de la satisfacción de su interés, de ejecución forzada; y, asimismo, ante la persistente falta del deudor que se ha eternizado en el incumplimiento, para que exija la venta judicial de los bienes que integran la garantía patrimonial.

Por otro lado, si la obligación se incumple, no se paga, “*da lugar a la reparación del daño causado*” o, en otros términos, es causa de la obligación de reparar, precisamente, el aludido daño. La **responsabilidad**, en su función resarcitoria, es aquí causa fuente de la que proviene la obligación.

d. En resumen, más allá de los fundamentos del Proyecto, el mismo e idéntico fenómeno -no pagar, incumplir una obligación cualquiera sea la fuente de la que provenga- es regulado en dos títulos que habitan regiones distintas del ser obligación: sus efectos en el Título I; y sus causas en el Título V.

VI. La ambivalencia que exhibe el Proyecto. El eterno nacimiento de la obligación. La superación de las dificultades serias.

a. El enigma que suscitó la imposibilidad de cumplimiento¹³⁵, al proyectarse en normas redactadas en forma sustancialmente idénticas¹³⁶ aunque en regiones¹³⁷ distintas, se develó en el capítulo anterior al mostrar la clara existencia de una doble regulación para el mismo e idéntico supuesto: incumplir una obligación.

¹³⁴ No ignoro la excesiva reiteración de algunos argumentos. Aclaro: me parece ineludible la insistencia frente a la extendida confusión que han provocado los equívocos vocablos (responsabilidad contractual-extracontractual).

¹³⁵ Paradigma de la ambigua relación que exhibe el Proyecto entre la obligación y la responsabilidad

¹³⁶ Conf. arts. 955 y 1732 del Proyecto

¹³⁷ En una región habitan los efectos de la obligación (Título I) y en la otra, por el contrario, las causas-fuentes de la obligación (Título V).

¿Puede salvarse esta incongruencia con el argumento desplegado por la comisión acerca de la subsistencia de diferencias? O, en similar sentido, ¿se regresa a la coherencia al explicitar que la unicidad es, también, separación: problemática del incumplimiento frente a los demás aspectos?

Contesto, con todo respeto, que no. ¿Por qué? Porque las normas proyectadas evidencian, contrariamente a lo anunciado, lo siguiente:

(i) que se unificó la violación del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación, de manera que ambos fenómenos (que son, por arte de la regulación, uno -la responsabilidad civil en su función resarcitoria-) “*dan lugar a*” la obligación de reparar.

He aquí una unión, de dos fenómenos distintos, que se proyecta, también, hacia los mismos presupuestos. Los señalados: antijuridicidad; factores de atribución; relación de causalidad; y daño. He aquí, pues, la responsabilidad como fuente (causa) de la obligación.

(ii) Que se admitió, asimismo, la clara diferencia fenoménica que existe entre la violación del deber de no dañar (v.gr. matar a una persona) e incumplir una obligación (v.gr. no pagarle a un comerciante), de ahí la doble regulación mostrada para estos fenómenos distintos.

He aquí dos realidades diferentes que se regulan, asimismo, de un modo distinto. La existencia –o no- de la obligación es el muro que separa estos dos fenómenos (violación del deber de no dañar vs. incumplir una obligación). He aquí, en suma, dos fenómenos distintos, no homogéneos, que se regulan, también¹³⁸, de un modo distinto.

(iii) Que se reguló, y esto pasó –es una conjetura- extrañamente inadvertido para la comisión, el mismo e idéntico supuesto (la falta de pago) en dos regiones distintas.

He aquí la misma realidad, no pagar una obligación, que se regula de dos modos distintos. El incumplimiento como efecto anormal de la obligación o, lo que es igual, la responsabilidad como el segundo tramo de la relación obligacional vs. el incumplimiento como causa fuente de la obligación o, es lo mismo, la

¹³⁸ Por un lado, se los une; por otro, se los separa.

responsabilidad, en su función resarcitoria, como fuente de la obligación. He aquí, pues, un mismo fenómeno y dos regulaciones que se realizan en regiones muy diferentes.

El llamado de atención de esta incongruente doble regulación resulta, como se anticipó, la **imposibilidad de cumplimiento** en tanto se exhibe en dos normas, sustancialmente idénticas, que habitan, también, regiones diferentes del ser obligación.

b. Numerosos interrogantes se desprenden de la doble regulación proyectada. Por ejemplo: **(i)** ¿qué se entiende por responsabilidad? ¿qué relación existe entre obligación y responsabilidad? ¿es esta uno de los tramos de la obligación, o es fuente de la obligación, o denota los dos fenómenos?; **(ii)** ¿frente al incumplimiento de la obligación nace una nueva obligación o es la misma obligación cuya prestación se convierte?; **(iii)** ¿se requiere, es necesaria la presencia de los presupuestos de la responsabilidad cuando no se paga una obligación (por ej. no entregar la bicicleta vendida)? ¿es correcto señalar que el no pago es un hecho ilícito o que es antijurídico? ¿no se extienden en forma inapropiada y confusamente tales presupuestos a una región (la obligación) que no los necesita?

Algunas de las preguntas quedarán, en este trabajo, sin contestar. Se intentará insistir con las respuestas a las formuladas en el punto **(i)** y, asimismo, en el **(ii)**.

c. Este discurso, en su último tramo, se detendrá en el doble rostro de la responsabilidad con el propósito de mostrar la necesidad de suprimir del lenguaje del derecho de las obligaciones y, claro está, del Proyecto, para evitar malentendidos, a la “*responsabilidad civil*” como fuente de la obligación. Explicará, también, por qué el incumplimiento, la falta de pago, no provoca, en rigor, el nacimiento de una nueva obligación. Por último, mostrará el punto más alto del Proyecto en tanto con la unificación aludida se solucionan¹³⁹ las “*dificultades serias*”, equívocos, malentendidos en los que ha caído, por algunas de las razones mostradas *supra*, la doctrina autoral y jurisprudencial.

¹³⁹ Se utiliza el tiempo presente por las mismas razones que ha explicitado la comisión redactora.

1. La responsabilidad y el asombro de su doble rostro.

a. El doble rostro que exhibe la responsabilidad mira hacia la teoría general de la obligación y se espeja en uno de los tramos de la relación obligatoria; y mira, asimismo, hacia las fuentes de la obligación y se presenta como una de las causas fuentes de aquélla.

Este doble significado, este doble sentido, de la responsabilidad sorprende. Debe sorprendernos el mayor tiempo posible y así presionarnos para que, finalmente, tomemos en serio la sencilla pregunta por lo que dice el nombre “responsabilidad”. ¿Qué es la responsabilidad?

b. Como se ve, la palabra *responsabilidad* es usada, en el universo obligacional, en dos sentidos distintos: pensar en ellos, explicitarlos, permite observar el pasaje del lenguaje natural al técnico y, en esencia, encontrar la imprescindible precisión, esto es la manera adecuada de hacer jugar la palabra, para evitar malentendidos, en el ámbito de la teoría general de la obligación.

Al vocablo *responsabilidad* se lo emplea, por un lado, en un sentido coloquial, no técnico, para expresar que cada uno debe dar cuenta de sus palabras, gestos, miradas o, con mayor precisión, de sus actos¹⁴⁰. Es el “yo” que responde, que da cuenta, que se debe hacer cargo de las consecuencias de su obrar¹⁴¹. La vaguedad y la ambigüedad reinan en el lenguaje corriente, natural, en cuyo ámbito la *responsabilidad* es la cualidad de *responsable* en sentido amplio¹⁴².

En este impreciso sentido, el Código Civil señala que se debe responder, se es responsable, o, mejor dicho, que nace la responsabilidad por los delitos y cuasidelitos cometidos. Así, pues, v.gr.: si una persona causa, por una falta a ella imputable, su propio daño, tal hecho –dice el art. 1111 C.C.- “*no impone responsabilidad alguna*” (*rectius*: “*no impone obligación alguna*”). Asimismo, los

¹⁴⁰ Señala vagamente BUSTAMANTE ALSINA Jorge, ob. cit., pag. 65 que “(r)esponder significa dar cuenta de sus actos”.

¹⁴¹ La vaguedad de la expresión es notable: uno puede responder moralmente, penalmente, civilmente, disciplinariamente, administrativamente.

¹⁴² Se ha escuchado, hace tiempo, el reproche del poeta Juan GELMAN en relación a la “responsabilidad” de la sociedad, en la última dictadura militar, por “no saber”.

“civilmente responsable-s del daño” no son otros que los **obligados** a reparar¹⁴³ el daño ocasionado por los “autores del hecho”¹⁴⁴.

En tales circunstancias, resulta pertinente precisar la utilización del término *responsabilidad* pues éste se despliega en una oración elíptica que debe ser prolongada y leída del siguiente modo: la *responsabilidad* surge (se actualiza) por incumplir la obligación de reparar nacida del hecho ilícito (violación de no dañar).

Vale decir, con otras palabras, la responsabilidad aparece (se manifiesta) en el campo de la obligación por no pagar, precisamente, la obligación (en el caso de los delitos y cuasidelitos: de resarcir); se debe responder, en suma, por no pagar cualquier obligación¹⁴⁵. Es que, conviene recordarlo, en el concepto técnico de obligación, junto al elemento del deber jurídico aparece la idea de responsabilidad¹⁴⁶.

c. El imprescindible pasaje, del lenguaje corriente al lenguaje preciso del derecho de las obligaciones, pone en evidencia que la noción de responsabilidad está en el concepto técnico de la obligación. Ello es así, desde que el deudor responde patrimonialmente, es decir con sus bienes, por no pagar (su obligación).

Dice, en tal sentido, el Código Civil que el deudor de la obligación¹⁴⁷ es v.gr. “*también responsable* ¹⁴⁸*de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla*”.

En otros términos, el fenómeno del no pago de la obligación le permite al acreedor ejecutar el patrimonio del deudor –pues éste responde por sus deudas¹⁴⁹- para cobrarse lo adeudado, vale decir la prestación original más los daños e intereses.

¹⁴³ Si la ley no establece la solidaridad como en el caso, responden (*rectius*: están obligados) en forma concurrente.

¹⁴⁴ Conf. art. 1022 del C.C.. En este artículo, la palabra “obligados” está empleada, también, de un modo impreciso, no técnico.

¹⁴⁵ Esta aserción es el fruto de la existencia, en el Código vigente al igual que en el Proyecto, de una teoría general de la obligación. Toda obligación, cualquiera sea la fuente de la que proviene, puede ser no pagada-incumplida. El deudor resulta, en tal caso, responsable; debe responder, con su patrimonio, por no pagarla.

¹⁴⁶ DIEZ PICAZO Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, vol. II, p.49.

¹⁴⁷ Recordar: puede serlo porque cometió un hecho ilícito, porque celebró un contrato, porque se enriqueció sin causa, etc..

¹⁴⁸ Pues responde con sus bienes, muebles e inmuebles, presentes y futuros, que integran la garantía común de los acreedores.

¹⁴⁹ Conf. art. 743 del Proyecto cit..

De manera que este inesperado¹⁵⁰ fenómeno en la vida de la obligación, esta anormal¹⁵¹ vicisitud que atraviesa la relación obligacional pone en juego esta significativa consecuencia: la *responsabilidad patrimonial del deudor*.

Es que se actualizan, pues, los poderes de agresión patrimonial que estaban en potencia mientras el acreedor (el que cree-confía) legítimamente esperaba que su deudor (“presionado” por su “conciencia de culpa”, por su conciencia moral, por su buena fe, por el ordenamiento jurídico, etc.) cumpliera.

El deudor, el que debe, se convierte en “responsable”, es responsable, cuando no cumple, cuando no satisface la legítima expectativa de su confiado acreedor. Este acontecimiento anormal, el inesperado no pago, esta caída en la culpa del deudor, es la llave que abre completamente la puerta para ingresar en la etapa patológica de la vida de la obligación.

Se ingresa, en tales condiciones, en el tramo de la *responsabilidad o garantía* o, lo que es igual, en la etapa de la actualización de los poderes de agresión patrimonial del acreedor; la etapa que cierra del peor modo, a través de la sanción, la vida de la obligación.

d. Es posible pensar que en el ámbito de la teoría general de la obligación la palabra es, también, usada en un sentido coloquial, corriente, o, mejor precisado, puede leerse desprevenidamente en el aludido modo, cuando el Código Civil dice por ejemplo que “(e)l deudor es igualmente responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación”¹⁵².

El deudor, en tal caso, debe responder frente al acreedor de las consecuencias de su obrar (no pagar en el tiempo propio), vale decir de “*los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor*”.

Por ejemplo: el deudor de una suma dineraria, que incurre en mora, debe la suma dineraria original más los intereses¹⁵³, de manera que la palabra “responsable” puede leerse de un modo natural, corriente; y se puede pensar, al así hacerlo, que es aquél deudor que debe dar cuenta –responder- frente el

¹⁵⁰ Lo esperado es, ciertamente, el pago.

¹⁵¹ Lo normal es, pues, el cumplimiento.

¹⁵² Art. 508 C.C..

¹⁵³ Conf. art. 622 del C.C..

acreedor de las consecuencias (intereses) por no pagar puntualmente su obligación¹⁵⁴ o, mejor precisado, por incurrir en mora.

Sin embargo, en el lenguaje técnico del derecho de las obligaciones “responsable” significa que el deudor está obligado con su patrimonio, con éste garantiza el pago, el acreedor encuentra allí la seguridad de que su crédito será, ante un inesperado no pago, satisfecho a través de la realización de los bienes que lo integran.

El deudor debe, por lo tanto, *responder* con sus bienes no solamente de la obligación no pagada sino, también, de los daños e intereses que la no realización de la conducta debida le haya ocasionado al acreedor. Debe pagar, en suma, la obligación y sí no lo hace *responde* con sus bienes de la obligación no pagada y de los daños causados por no pagarla.

Un respetado autor italiano ha señalado que el deudor queda sometido a dos tipos de responsabilidades, a saber: (i) una constituida por la obligación del resarcimiento del daño ocasionado a causa del incumplimiento; y (ii) la otra constituida por el sometimiento de sus bienes presentes y futuros a la acción del acreedor insatisfecho¹⁵⁵.

La referida opinión pasa por alto, a mi juicio, que el primer significado es impreciso y que la responsabilidad no es, en verdad, la responsabilidad sino la obligación del deudor de resarcir el daño causado, precisamente, por no pagar. En el sencillo ejemplo utilizado serían los intereses más, claro está, la suma dineraria. De ahí que, sentado lo anterior, resulta imprescindible no usar la palabra (para no abismarse en errores, confusiones, malentendidos) en el sentido impreciso, vago, destacado¹⁵⁶.

e. El Proyecto utiliza la palabra, a mi entender, impropriamente, en un sentido vulgar, en el Capítulo 1, del Título V. El aludido empleo se mueve al compás de su extendida aceptación por la doctrina autoral y jurisprudencial, vale decir respeta la

¹⁵⁴ En las obligaciones a plazo, conviene recordarlo, la mora se produce por su solo vencimiento (conf. arts. 509 C.C.; 886 del Proyecto cit.).

¹⁵⁵ GIORGIANNI M., *La obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, p.153.

¹⁵⁶ El Proyecto emplea la palabra en el capítulo 1 “Responsabilidad civil”, sección 3* “Función resarcitoria” del Título V en el sentido criticado. Es que, en rigor, la responsabilidad civil, en su aludida función, no es otra que la obligación de reparar el daño causado por la “violación del deber de no dañar y por incumplir una obligación...” (conf. art. 1716 Proyecto).

tradición de la expresión usual en la literatura jurídica nacional, y atiende a la necesidad de unificar la terminología con la empleada en la legislación especial¹⁵⁷.

En otros términos, como se hunde en la noche de los primeros comentarios al Código Civil que la palabra “responsabilidad” es escrita –hablada, pensada- en el sentido coloquial, no técnico, criticado, tal objeción –uso impropio- se desvanece en el común y previsible olvido. Es imposible que esta crítica persuada, convenza, a la “literatura jurídica nacional” pues el vocablo “responsabilidad” alcanzó la objetividad¹⁵⁸ o, lo que es igual, ya se aceptó el uso de tal expresión¹⁵⁹. La crítica no será, en rigor, escuchada.

No obstante ello, y como quiera que la incoherencia mostrada resulta innegable, conviene recordar:

(i) Que es perfectamente posible el mejoramiento de nuestra terminología para evitar malentendidos en el uso práctico¹⁶⁰.

(ii) Que algunos de ellos (malentendidos) pueden apartarse sustituyendo una forma de expresión por otra¹⁶¹.

(iii) Que apartamos malentendidos haciendo más exactas nuestras expresiones¹⁶².

(iv) Que a *“una expresión en un cierto texto legal no debe dársele un significado diferente en diferentes contextos. Detrás de este principio hermenéutico ‘...se encuentra la idea de la coherencia de la regulación: cuando ello es posible la misma expresión es usada de la misma manera en diferentes contextos’...”*¹⁶³.

De manera que, asimilado el recuerdo de las calificadas voces citadas, resultaría apropiado, para salir de la incoherencia y de los posibles malentendidos,

¹⁵⁷ GALDÓS Jorge M., trabajo cit. p. 1/2.

¹⁵⁸ COSSIO Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 173 y ss..

¹⁵⁹ La aceptación no se limita a la doctrina nacional. Puede verse la extensión de su uso en ALTERINI A.A., *Soluciones del Proyecto de Código en materia de Responsabilidad Civil*, en *La Ley*, ejemplar del día 30 de julio de 2012.

¹⁶⁰ WITTGENSTEIN Ludwig, ob. cit., p. 133.

¹⁶¹ WITTGENSTEIN Ludwig, ob. cit., p. 113.

¹⁶² WITTGENSTEIN Ludwig, ob. cit., p. 113.

¹⁶³ CESANO José D., *Relaciones entre la acción civil y la acción penal en Tratado de la Responsabilidad Civil* Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo J. LÓPEZ MEZA, *La Ley*, 2004, to. IV, p.651; y la cita, en la nota 144, de AARNIO Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p.147.

dejar de lado el uso vago, coloquial, de la “responsabilidad civil” como fuente de la obligación.

Se abren como posibles, para reemplazar la denominación del capítulo1 del Título V “*Otras fuentes de las obligaciones*”, los siguientes títulos: “el acontecimiento del daño”, “ocasionar¹⁶⁴ daños”, “la causación de daños” etc.. Sería pertinente, también, denominar a la sección 3* “Hechos ilícitos”. Finalmente, múltiples supresiones deberían realizarse para dejar atrás el extendido empleo del vocablo “responsabilidad civil”¹⁶⁵ en el Proyecto.

2. La falta de pago, la aporía y el eterno nacimiento de la obligación.

a. El dilema que exhibe el Proyecto acerca de lo que hay después del no pago, es decir del incumplimiento de una obligación, ya fue mostrado; y remite, en esencia, al doble rostro de la responsabilidad, al uso del término en forma vulgar-técnica y a su ambivalente¹⁶⁶ relación con la obligación. Admítase la insistencia, se emplea el vocablo responsabilidad para: **(i)** nombrar a uno de los tramos de la obligación¹⁶⁷; y **(ii)** señalar a una de sus causas fuentes¹⁶⁸.

De ahí que, ello mostrado, frente a la pregunta ¿nace una nueva obligación o es la misma obligación cuya prestación se convierte?, el Proyecto enhebra una doble respuesta, vale decir al no pagar una obligación, al incumplirla: **(i)** ésta “*modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados*”¹⁶⁹; y **(ii)** “*da lugar a la reparación del daño causado*”¹⁷⁰ pues nace una nueva obligación.

Dicho de otro modo, si no se paga una obligación, es la misma obligación que modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los

¹⁶⁴ Provocar, producir, causar, etc.

¹⁶⁵ El sistema de la obligación (el sol es la obligación no la responsabilidad) delictual en reemplazo del sistema de la responsabilidad civil puede resultar una denominación fecunda para pensar, desde una mejor perspectiva, el tema. El obligado directo en sustitución del responsable directo; la obligación de reparar el daño por el hecho de otro, etc.

¹⁶⁶ Es efecto de la obligación (empleo técnico, preciso, del vocablo) y, también, su causa (uso vulgar, vago, de la palabra).

¹⁶⁷ Fundamentos, ob. cit., p. 507, al Título I “Obligaciones en general”, punto 1. “El concepto de obligación.”

¹⁶⁸ En el Título V de las “Otras fuentes de las obligaciones”

¹⁶⁹ Conf. art. 955 Proyecto cit..

¹⁷⁰ Conf. arts. 1716 y conchs. del Proyecto.

daños causados¹⁷¹. Se ingresa, pues, a través de la falta de pago (incumplimiento) al segundo tramo de la obligación, al estado de “responsabilidad”. En esta etapa, la obligación cae en la anormalidad, en la instancia de la ejecución forzada¹⁷² cuyo punto final, a la vida enferma de la obligación, lo pone la venta judicial de los bienes del deudor para satisfacer el interés lesionado del acreedor¹⁷³.

Y, por otro lado: si no se paga una obligación, nace una nueva obligación para reparar el daño causado. ¿Nace una nueva obligación?¹⁷⁴ Es decir: ¿(a)llí donde no había vínculo alguno entre dos personas, la actuación del hecho que contemplamos, creó la obligación transformando a esas personas extrañas entre sí, en acreedor y deudor?¹⁷⁵.

b. Esta tesis, de la doble respuesta (regulación) frente al mismo hecho (incumplimiento), se enfrenta a diversas objeciones. En efecto, el atento lector podría preguntar e interpelar:

(i) ¿no leyó los fundamentos explicitados por la comisión?¹⁷⁶;

(ii) ¿no comprendió que el incumplimiento es un hecho ilícito?;

(iii) ¿no entiende que corresponde “*diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que subsisten*”?;

(iv) ¿debemos recordarle que existen dos posiciones que dividen a la doctrina (autonomía vs. unidad)?;

(v) que una postula, precisamente, la diferencia entre la prestación que devino imposible (que se cumple por equivalente) de “*los demás daños*” que “*forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios*”;

¹⁷¹ Conf. arts. 730 inc. 3, 777 inc. 3 del Proyecto.

¹⁷² Conf. art. 505 C.C.; arts. 730 y 777 del Proyecto cit..

¹⁷³ Conf. art. 743 del Proyecto.

¹⁷⁴ V.gr. cuando no se entrega, en el tiempo propio, la bicicleta prometida en venta y el acreedor pierde su interés en el cumplimiento en especie.

¹⁷⁵ LLAMBÍAS Jorge J., ob. cit., to I, p. 42.

¹⁷⁶ Fundamentos, ob. cit., p. 563/564.

(vi) que la otra argumenta que *“la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños”*;

(vii) que *“cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito”*.

c. La falta de pago, el incumplimiento de una obligación, en principio¹⁷⁷, no “da lugar” al nacimiento de una nueva obligación. Varios argumentos debería desplegar para “deconstruir” la consolidada opinión autoral que recogen los fundamentos transcritos¹⁷⁸. Intentaré, sin embargo, mostrar una distinta manera, que se mueve al compás del Código Civil, de pensar el tema.

Importa enfatizar, en primer lugar, la notable diferencia que existe entre no pagar una obligación y cometer un delito o cuasidelito. En efecto, el autor de un delito deviene deudor, la víctima acreedor y aquél debe, queda obligado, por lo tanto, a pagar la indemnización (prestación) para satisfacer el interés menoscabado de la víctima-acreedor.

En otras palabras, el que comete un delito deviene deudor porque nace su obligación de reparar. Ahora bien, el que no paga ¿deviene deudor? No, ciertamente, pues ya lo era. El deudor (todo deudor: incluido el autor del delito) que no paga es responsable, resulta responsable frente al acreedor, mejor dicho, responde con su patrimonio, con sus bienes, del no pago.

Es que a través del no pago se ingresa en la segunda etapa de la vida de la obligación, la etapa de la responsabilidad. En el primer caso (hechos ilícitos), nace la obligación, en el segundo (no pago) se ingresa –se cae- en una de sus

¹⁷⁷ *Infra* intentaré mostrar cuando nace una nueva obligación o, mejor precisado, la inutilidad, frente al sagrado altar de la persona, de este discurso.

¹⁷⁸ He explicitado (en la ob. cit. en la nota 72), desde diferentes perspectivas narrativas, los errores que porta la tesis que equipara el incumplimiento a los hechos ilícitos .

dos etapas. El deudor responde con su patrimonio porque es, precisamente, responsable.

Y responde –uso impreciso, coloquial de la palabra- de los daños causados porque es deudor y está obligado, por lo tanto, a pagar. De ahí que, en la determinación de los daños, la obligación no pagada resulta esencial pues el deudor deberá la obligación (objeto de la prestación) convertida en daños y perjuicios, vale decir la prestación original, su equivalente, más los daños e intereses.

La obligación –admítase el recordatorio- nace de varias fuentes, entre ellas, los delitos y cuasidelitos; y cualquier obligación (también la nacida de un hecho ilícito) puede, en tales condiciones, no pagarse, incumplirse. Este acontecimiento, la falta de pago, pone en juego la responsabilidad patrimonial del deudor. No es posible igualar (v.gr. no pagar una suma de dinero y matar a una persona), por lo tanto, lo que está separado en la experiencia, en las conductas interferidas intersubjetivamente y en las normas.

La aludida diferencia, entre los hechos ilícitos y el incumplimiento (falta de pago), se espeja en el Código Civil en tanto éste regula, en primer lugar, a la obligación y a las consecuencias derivadas de su incumplimiento –la mal llamada responsabilidad contractual- en el ámbito de la teoría general de la obligación¹⁷⁹. Y, después, en segundo lugar, se refiere a las fuentes de las obligaciones, en la sección segunda –delitos¹⁸⁰ y cuasidelitos¹⁸¹- y en la sección tercera –contratos: de las obligaciones que nacen de los contratos- del Libro II.

d. Conviene insistir: si se piensa en los sujetos de la relación obligacional, en la necesidad de su determinación-existencia para abrir el universo de la obligación, se ve la ostensible diferencia que separa las conductas que interfieren en forma intersubjetiva en la falta de pago (incumplimiento), de aquéllas otras que interfieren en los hechos ilícitos.

En el primer caso, están claramente determinados los sujetos (el deudor moroso y el acreedor insatisfecho) mientras que, en el segundo, la comisión de un

¹⁷⁹ Los efectos del incumplimiento pueden verse en los arts. 505, 511, 519, 520, 521, 522 y ss. Cód. Civil.

¹⁸⁰ Título VIII “*De los actos ilícitos*”.

¹⁸¹ Título IX “*De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*”.

delito puede -no siempre es así- originarlos. En efecto, en los delitos y cuasidelitos¹⁸² resulta imprescindible “algo más”, vale decir **realizar un juicio de existencia** –admítase la expresión- para saber, en suma, si existe –o no-, a la postre, la obligación resarcitoria.

El aludido “algo más” juega un papel distinto en ambos casos (obligación que no se paga vs. obligación que nace del delito) pues la obligación que no se extingue de muerte natural (pago) se diferencia radicalmente, claro está, de la obligación que no existía, que acaba de nacer y que puede, va de suyo, extinguirse a través del pago.

La obligación que no se cumple y la obligación que nace (de los hechos ilícitos) habitan, como se ve, regiones distintas del “ser” obligación, de ahí sus inexorables diferencias.

Ello así, en tanto, en el primer supuesto, el “algo más” no jugará en el campo de los sujetos de la obligación, pues -al fin y al cabo- deudor y acreedor seguirán siéndolo aunque ahora modificados por la “caída” de la obligación, por el no pago, en su fase coactiva¹⁸³. El deudor será, en consecuencia, responsable y el acreedor podrá “actualizar” la potencia que porta su crédito y agredir patrimonialmente al responsable (deudor) del no pago (incumplimiento)¹⁸⁴.

En el segundo caso, el “algo más” se erige como una suerte de juicio de existencia e indaga, pues, si efectivamente nació la obligación resarcitoria. Es que si no existen personas damnificadas por el delito no podremos, de más está decirlo, ingresar en el mundo de la obligación.

La existencia de la obligación, por un lado, y su no existencia, por el otro, determinan, asimismo, un juego muy distinto entre sus elementos esenciales. En el primer supuesto, se deberá analizar y valorar, ante el fenómeno del no pago, cómo repercute en el comportamiento debido por el deudor. La obligación caída en su fase coactiva preguntará si es posible aún el pago en especie, si está

¹⁸² Mal denominados “responsabilidad extracontractual”.

¹⁸³ Conf. arts. 724, 730, 743, 777, 955 y conchs. del Proyecto cit.

¹⁸⁴ Conf. art. 743, 730, 777 del Proyecto.

interesado el acreedor en él¹⁸⁵. Y si responde que no, el deudor deberá responder patrimonialmente ahora, conversión del objeto de la obligación mediante, de los daños e intereses (derivados, precisamente, de la falta de pago).

En la determinación de los daños e intereses jugará un papel esencial la obligación que no se pagó, vale decir si ésta es una suma de dinero muy claro está que el deudor-responsable deberá la prestación original (capital) más los intereses devengados, precisamente, por no pagarla en el tiempo propio de su cumplimiento¹⁸⁶.

En similar sentido, si se trata de otra obligación -que no tenga por objeto una suma de dinero-, deberá el deudor-responsable resarcir los daños e intereses que “*sólo comprenderá la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento...*”¹⁸⁷; y tal consecuencia se extenderá a las “mediatas”, cuando obrare “maliciosamente”¹⁸⁸. Estos daños se desprenden, conviene resaltarlo, “de la misma obligación que debía cumplirse”¹⁸⁹

Ahora bien, cuando no existe la obligación, no existen, por lo tanto, sus elementos. El “algo más” deberá pues buscarlos –y encontrarlos- para ingresar en el universo de la obligación. Se deberá, sentada la autoría del ilícito, encontrar a la persona damnificada o a las personas, se deberá determinar “lo real y jurídicamente debido”, es decir, los daños causados por el delito; etc..

En síntesis, existen hondas, profundas, diferencias entre no pagar una obligación y cometer un delito o, mal expresado, entre la “*responsabilidad contractual*” y la “*responsabilidad extracontractual*”. Es incorrecto postular que sus elementos (presupuestos) son los mismos puesto que en la segunda hipótesis –delitos- la obligación aún no ha nacido y se debe, por lo tanto, realizar un juicio de existencia para buscarlos, encontrarlos y precisarlos. Hay que pensar, explicar, y tratar de un modo muy diferente al no pago y a las fuentes, entre ellas los hechos ilícitos, de la obligación.

¹⁸⁵ Tales preguntas resulta impertinentes en el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero.

¹⁸⁶ Conf. Art. 622 del C.C..

¹⁸⁷ Art. 520 del Cód. Civil..

¹⁸⁸ Art. 521 del C.C..

¹⁸⁹ Nota del codificador al artículo 520 y su cita de MARCADÉ.

e. No está de más interpelar al discurso desplegado en el punto anterior. En efecto, el deudor debe la prestación original más los daños e intereses causados. Pero estos daños e intereses ¿no son un “plus”, no son “algo más” que la prestación original? Y si lo son, ¿no puede llamarse a esto una nueva obligación? Más aún cuando la prestación original no es posible y, por lo tanto, lo debido, es decir “las indemnizaciones”¹⁹⁰, es algo enteramente nuevo.

Es cierta, cabe admitirlo, la presencia de “algo” nuevo, distinto, de ahí la precisa noción de “conversión”¹⁹¹ que utiliza nuestro Código Civil y reproduce, también, el Proyecto¹⁹². La prestación distinta, las indemnizaciones debidas, o la prestación original más el plus (por ej. el supuesto de las obligaciones de dar sumas de dinero que no se pagan) explican que la obligación primitiva “se transforme en algo distinto de lo que era”. La obligación, al modificarse la prestación debida, se ha transformado.

Pero esta transformación, corresponde nuevamente objetar, ¿no implica una “nueva” obligación “distinta” de la anterior?.

“Distinta” sí, pero no “nueva”. Es que la transformación supone, por definición, la preservación de ese “algo” que cambia, es el mismo “algo”, la misma obligación, la que se ha convertido, precisamente, por la falta de pago. Existe una manifiesta continuidad entre la obligación y su transformación. La tesis de la obligación nueva, de la extinción de la primitiva obligación y nacimiento de otra, soslaya, ignora a la continuidad inexorable que existe entre la obligación y su conversión.

Las tesis que proclaman el nacimiento de una nueva obligación distorsionan, en rigor, a la obligación, la mutilan, la despojan de una de sus fases o etapas. Y al reducirla así, óptica y ontológicamente, introducen una sorprendente paradoja.

Es que la supuesta nueva obligación puede, a su vez, no cumplirse y, por lo tanto, este incumplimiento provocaría la extinción de la obligación no cumplida y

¹⁹⁰ Conf. art. 505, inc. 3*), del Cód. Civ.. Arts. 730 inc. c), 777 inc. c) del Proyecto.

¹⁹¹ Convertir: “Hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era” (Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, consulta on-line:<http://buscon.rae.es/draeI/>)

¹⁹² En su art. 955 que habla claramente de la modificación del objeto de la obligación.

el nacimiento de otra. Y, otra vez, esta nueva obligación, también puede no pagarse; y, por ende, nacería, otra vez, una nueva obligación. Y así hasta la aporía o, lo que es similar, hacia el eterno nacimiento¹⁹³ de la obligación.

La distorsión alegada se exhibe palmariamente en tanto las aludidas tesis ignoran, pasan por alto, la etapa de la responsabilidad o garantía, que integra - junto a la fase de la “deuda” (estado de débito)- los dos tramos (si se piensa solamente en el deudor¹⁹⁴) de la relación obligacional¹⁹⁵.

En suma, las tesis de la nueva obligación resultan absurdas porque no permiten cerrar el ciclo de la vida de la obligación a través de la muerte coactiva. Si la obligación no se cumple y del incumplimiento nace una nueva obligación, estaría, en el reino del aporético incumplimiento, perpetuamente muriendo y naciendo. Vale decir, en un absurdo estado de perpetua obligación, el eterno fluir de la obligación hacia la nada, hacia la imposibilidad de “ser-obligación” por su eterno devenir en la aporía.

3. Otro notable acierto: la superación de las dificultades serias.

a. Se lee en los fundamentos del Proyecto, conviene reiterarlo, que “(c)on la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”¹⁹⁶.

b. Conocidas dificultades, discusiones, tensiones, ha generado, ciertamente, los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual?¹⁹⁷. Recordemos, en efecto, algunas:

¹⁹³ O lo que es igual en la aporía: muerte.

¹⁹⁴ Si en el análisis de la obligación se incluye al acreedor (su presencia resulta, en verdad, insoslayable) corresponde pensar, en rigor, otra alternativa, es decir: el fenómeno del no pago porque el acreedor no lo acepta. Ello sentado, resulta ostensible que el aludido segundo tramo puede escindirse, por lo tanto, en dos momentos distintos (responsabilidad o garantía –cuando el “no” a la obligación lo escribe el deudor- o bien, cuando el “no” lo pronuncia el acreedor, liberación coactiva y eventual obligación resarcitoria que pesará sobre el moroso acreedor).

¹⁹⁵ Como lo destaca la comisión redactora del Proyecto 2012, fundamentos cit., p. 507.

¹⁹⁶ Fundamentos del Código cit., p. 563.

¹⁹⁷ Si se plantea así, se introduce un falso dilema. Corresponde preguntar ¿obligacional o delictual? O, mejor precisado, la obligación de resarcir del médico que nace de incumplir una obligación o, por el contrario, de cometer un hecho ilícito.

Eliminado:

(i) ¿El médico está obligado, independientemente de la suscripción de un contrato, con el paciente?¹⁹⁸

(ii) ¿La inexistencia de un contrato determina, sin otra consideración, la aplicación de las normas de la mal denominada “responsabilidad extracontractual”?¹⁹⁹

(iii) ¿su responsabilidad (*rectius*: su obligación de resarcir el daño causado) por no cumplir su obligación es contractual o extracontractual?²⁰⁰

(iv) ¿por qué su responsabilidad es extracontractual si incumple sus obligaciones?²⁰¹

(v) ¿es distinto el plazo de prescripción aplicable según el servicio lo preste en un hospital público o en un establecimiento privado?²⁰²

(vi) ¿es diferente el plazo de prescripción cuando reclaman los damnificados indirectos?²⁰³

(vii) ¿si su responsabilidad es contractual por incumplir, precisamente, su obligación, está obligado a reparar las consecuencias mediatas?²⁰⁴

¹⁹⁸ Sí lo está. Ello así, toda vez que el ejercicio de la medicina le impone la obligación de obrar con prudencia, diligencia, etc.. Siempre habrá, se ha dicho, una obligación preexistente que el médico cumple cuando interviene en la atención de un paciente (HIGHTON Elena, trabajo cit., p.661).

¹⁹⁹ La respuesta a esta pregunta dependerá de la contestación al interrogante anterior. Si se piensa que el médico siempre está obligado, exista o no un contrato, se contestará que no. Empero, si se considera que es necesario el previo acuerdo de voluntades, cuando este no exista, se pensará –a mi entender equívocamente– que cabe aplicar el régimen de la responsabilidad extracontractual (*rectius*: régimen de los hechos ilícitos)

²⁰⁰ Otra vez el falso (piedra de escándalo de múltiples equívocos, malentendidos, etc.) dilema. Si el médico incumple su obligación, se deben aplicar las normas (arts. 505 inc. 3), 512, 519, 520, 521, 522 y concs. Cód. Civil) previstas en la teoría general de la obligación. Cabe la posibilidad, también, de hacer jugar los artículos establecidos en el ámbito de los hechos ilícitos (conf. art. 1107 y concs. del C.C.).

²⁰¹ Así lo postulan: BORDA Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 7ma. ed. actualizada, to. II, p.492 ; y NEGRI Héctor, su voto en minoría en los precedentes de la S.C.B.A., C.101.358, sent. del 2 de julio de 2010 y C.79.686, sent. del 3 de marzo de 2010. La razón de esta tesis anida en un enorme equívoco. El equívoco: como siempre existe una obligación (piensan, escriben, argumentan), de prudencia-diligencia, se celebre o no un contrato, la responsabilidad es siempre la misma, es decir, extracontractual pues no surge de la celebración de un contrato. El argumento en crítica está encarcelado en el falso dilema denunciado (contractual-extracontractual).

²⁰² Sí, según la doctrina legal de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que se elaboró a partir del precedente Ac. 79.514, “Castillo”, del día 13 de agosto de 2003. Y se reiteró, entre otros, en: Ac. 86.949 “Blasco”, sent. del 8-9-2004; Ac. 88.940 “Chavez”, sent. del 18-5-2005; Ac.77.960 “Monteagudo”, sent. del 14-6-2006; C.100.046 “Cabrera”, sent. del 22-10-2008; C.100.452 “Garrote de Galván”, sent. del 15-7-2009.

²⁰³ En algunos casos, cuando a la víctima directa (acreedor) se le aplica el plazo decenal (en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires si el médico la atendió en un establecimiento privado), sí.

²⁰⁴ El “monstruo” que se ha creado contestaría, aunque la respuesta es no (conf. art. 520 C.C.), que “sí”. El por qué del “monstruo” (minotauro) y las razones del “sí” se leen en PREVOT Juan M., *Responsabilidad civil médica: ¿contractual o aquiliana?*, en La Ley, 2006-F, p. 1235 y ss..

La unión que propone el Proyecto, desde una perspectiva pragmática, esto es para “solucionar” las dificultades serias, en comunión con el pensamiento de uno de sus redactores sobre la “función” del Derecho actual²⁰⁵, despeja, supera, los interrogantes, malentendidos y dilemas.

En efecto, el médico, incumpla una obligación o viole el deber de no dañar, deberá reparar el daño que causó a la persona. La unificación descripta *supra* adquiere su esplendor, su satori, en este supuesto. ¿Y las grietas? ¿y la doble regulación? ¿y la aporía?

c. Es aquí, reitero, el punto más alto de la unificación pues, “constitucionalización del derecho privado” mediante, se actualiza, se pone en juego, la protección de la persona a través de los derechos fundamentales²⁰⁶. Vale decir, todo paradigma de derechos humanos implica poner en el centro a la persona²⁰⁷, desde que el hombre²⁰⁸ -enseña nuestro más alto tribunal nacional- es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental²⁰⁹.

Y frente a lo sagrado del ser, al valor concreto por excelencia de la persona humana²¹⁰, se desvanecen, en el vacío de la irrelevancia, los valores abstractos desplegados líneas más arriba. En otros términos, la ostensible diferencia mostrada en el punto anterior entre incumplir una obligación (v.gr. no pagarle al almacenero que nos fía; no entregar en tiempo propio el automóvil vendido, etc.) y cometer un delito o cuasidelito (v.gr. matar a una persona; embestir a un peatón y dañarlo gravemente, etc.) se esfuma, no tiene ninguna

²⁰⁵ LORENZETTI Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 11 y ss..

²⁰⁶ LORENZETTI Ricardo L., *Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en *La Ley*, ejemplar del 23 de abril de 2012.

²⁰⁷ MARTOCCI José María, *Los derechos están consagrados pero hay que conquistarlos de nuevo*, entrevista publicada en la revista *Vínculos* de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P.) año 5, n° 10, octubre de 2012, p. 3.

²⁰⁸ Mujer, etc..

²⁰⁹ Fallos, 316:479; entre muchos otros.

²¹⁰ PERELMAN Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. Nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989, p. 136.

importancia, frente al llorado altar de la persona dañada –física y/o espiritualmente-.

Explicado de otro modo, cuando se daña a la persona se ingresa, no cabe hesitación, en el terreno de lo ilícito, de lo prohibido, de lo inadmisibles. La hondura, el peso existencial de toda persona, del respeto que se le debe, empequeñece el análisis anterior acerca de la importancia de distinguir entre la existencia -o no- de una obligación previa. La diferencia mostrada *supra* resulta, en tales circunstancias, enteramente irrelevante.

En el comportamiento que daña a la persona (en su cuerpo, en su salud, en su bienestar psicofísico) brilla la prohibición y esto es, ciertamente, ilícito²¹¹ independientemente de la existencia de una obligación que vinculara, en forma previa, a las partes. La existencia de una obligación no juega, frente a lo venerado que se ha dañado, ningún papel. Es que ha sido violado, parafraseando a la Suprema Corte provincial²¹², un deber mucho más amplio, anterior y distinto al de la relación convencional (obligacional), que es el de no dañar a otro, cuyo criterio general de solución fija el art. 1109 del Código Civil.

No cabe argumentar, por lo tanto, acerca de la conversión de la prestación o de la obligación pues, en este supuesto, sí nace una nueva, es decir la obligación de reparar los daños causados a la persona. Es que el médico debía una obligación de hacer, obrar con prudencia y diligencia, y ante el no pago o, mejor precisado, frente al cumplimiento defectuoso de ella, asoma el primordial acontecimiento del daño a la persona como algo enteramente nuevo que desplaza, claro está, a la obligación previa de hacer defectuosamente cumplida.

d. Conviene argumentar unos párrafos más. El médico puede no cumplir su obligación, retardar su pago o cumplirla en forma defectuosa. En tales casos, podrá -o no- dañar a la persona. Es frecuente que el acontecimiento del daño a la persona se inscriba, irrumpa, en el despliegue de la prestación de sus servicios o, lo que es igual, cuando el profesional intenta cumplir cabalmente con su obligación de hacer.

²¹¹ Antijurídico lo llama el Proyecto.

²¹² S.C.B.A., Ac. 66.551, sent. del 3-6-1999 y sus citas.

La obligación de hacer previa (salvo cuando no se presta y el paciente no sufre un daño en su persona)²¹³ en manera alguna determina la obligación resarcitoria o, en otros términos, cuando la persona es dañada porque el médico despliega su prestación en forma defectuosa o, lisa y llanamente, no la cumple, tales lamentables daños, en algunos casos irreparables (sic), no se desprenden, no tienen ninguna relación, “de la misma obligación debía cumplirse”²¹⁴.

En efecto, al igual que en los delitos y cuasidelitos²¹⁵, resulta ineludible pensar en “algo más”, esto es **realizar**, en el caso, **un juicio de existencia** para determinar si existe –o no- la obligación resarcitoria que pesará sobre el médico que dañó. La impiadosa tormenta del daño, y sus efectos devastadores sobre la persona, puede irrumpir de numerosas maneras, desde la radical imposibilidad de existir (muerte) hasta un malestar trivial, en el horizonte vital de la persona. Y es, por tanto, este acontecimiento esencial, el daño, el que determinará, a la postre, el sentido y alcance de la obligación de reparar.

Se deberá analizar y valorar, en tales dañosas circunstancias, ¿cuál es el daño que causó? ¿a quiénes dañó? ¿a quiénes le debe? ¿qué es lo que debe? ¿deberá pagar? Y para responder tales esenciales preguntas no aparece, en el discurso que contestará las preguntas, la obligación previa de hacer que ciertamente ha incumplido, al dañar a la persona, el médico.

e. En fin, la unificación del incumplimiento de una obligación y de la violación del deber de no dañar, con el declarado propósito de solucionar las dificultades serias señaladas, se exhibe como un acierto notable del Proyecto que supera los equívocos y malentendidos que ensombrecen numerosos discursos. Importa,

²¹³ Podrá, en consecuencia, exigir el cumplimiento específico (conf. art. 777, inc. a), Proyecto cit.); por ejemplo: si el paciente paga por anticipado un tratamiento que no es “cubierto” por su obra social y el médico no presta sus servicios, vale decir no paga, entonces, la obligación asumida. Podrá, también, “hacerlo cumplir por terceros (médicos) a costa del (médico) deudor” (conf. art. 777, inc. b), Proyecto cit.). Podrá, por último, exigir, resolución mediante, la devolución del dinero pagado o, mejor precisado, los daños patrimoniales padecidos por la no realización de la prestación (conf. art. 777, inc. c), Proyecto cit.).

²¹⁴ Nota del codificador al artículo 520 y su cita de Marcadé.

²¹⁵ Entiendo que el daño a la persona pone de relieve la violación de un deber previo, esto es: no dañar, que desplaza, torna insignificante a la prestación no cumplida. Es el conocido *alterum nom laedere* que se despliega, en el caso, mediante el incumplimiento de una obligación que luce como un simple e irrelevante medio que desata la furia del daño. La redacción del dilemático art. 1107 de nuestro Código Civil podría mejorarse con la incorporación de esta noción esencial del daño a la persona en tanto a los hechos y las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones se les aplican –correspondería redactar- las normas de los hechos ilícitos que no son delitos cuando “degeneren” en daños a la persona.

también, un significativo avance en pos de la recepción del paradigma protectorio de los derechos humanos y de la constitucionalización del derecho privado. La inviolabilidad de la persona, eje y centro de todo sistema jurídico, fin en sí misma, explica, fundamenta y justifica, esta plausible solución.

VII. Palabras finales.

Este discurso, atravesado por las tres miradas anticipadas, ha recorrido el camino hacia la unificación anunciada de la responsabilidad contractual y excontractual y ha encontrando, en el centro de la “*unidad del fenómeno de la ilicitud*”, numerosas preguntas y algunas respuestas.

Las respuestas: **(i)** se unifican, en el articulado, la violación del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación en la “*Responsabilidad civil*” en su “*Función resarcitoria*” –una de las fuentes de la obligación-; **(ii)** se han eliminado, de los artículos del Proyecto, los confusos y equívocos vocablos “*responsabilidad contractual y extracontractual*”; **(iii)** subsisten, pese a la unidad proyectada, diferencias, no hay homogeneidad o, en otros términos, una doble regulación de fenómenos diferentes (no pagar una obligación vs. violar el deber de no dañar) se despliega, también, en el Proyecto; **(iv)** el mismo e idéntico fenómeno (incumplimiento de una obligación) se regula, ambiguamente, en dos regiones distintas del ser-obligación (sus efectos en el Título I; y sus causas en el Título V del Libro III); y **(v)** la unidad proyectada permite superar, al dialogar con la Constitución y con el paradigma protectorio de los derechos humanos, las dificultades serias, equívocos, malentendidos, que se observan, cuando de daños a la persona se trata, en la doctrina autoral y jurisprudencial.

Las respuestas no cubren, sin embargo, todas las preguntas y éstas podrían hacer retroceder, entiendo, la arrogancia de las respuestas²¹⁶. Las preguntas abren nuevos e imprescindibles caminos para pensar el sistema de la obligación, sus efectos y sus causas. Es que el preguntar, se ha dicho, es la devoción del pensar²¹⁷

²¹⁶ LARROSA Jorge en *La experiencia de la lectura*, Fondo de Cultura Económica, p.637.

²¹⁷ HEIDEGGER Martín, ob.cit. en la nota 119, p. 148

