

SISTEMAS DE REPARACION DEL DAÑO CAUSADO

(Especial referencia a la reparación en especie)

Aída Kemelmajer de Carlucci
Prof. titular Derecho Civil II
—Obligaciones—.

1. *Los sistemas de reparación*

La mayoría de los códigos civiles carecen de artículos expresos referidos a la *forma* de reparar, la que queda librada, en cada caso, a la decisión de los jueces¹. El argentino, en cambio, resuelve la cuestión en el art. 1183 que dispone: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

Tradicionalmente se han conocido dos sistemas de reparación: en especie y por equivalente. Sin embargo, los autores no utilizan estas denominaciones con sentido unívoco.

La reparación “en especie” o “in natura”, llamada también “reposición” o “reintegro”² consiste en volver las cosas al estado anterior en que se encontraban antes del año producido; la reparación por equivalente supone la entrega al damnificado de una suma de dinero que éste puede o no destinar a restaurar los valores afectados³.

1 Ver. por ej., código suizo de las obligaciones: “El Juez determina el modo, como también la extensión de la reparación, según las circunstancias y gravedad de la culpa (art. 43). El sistema francés, no tiene texto expreso según opinión de SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II N° 597.

2 Para la diferente terminología usada por la doctrina, véase MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños* t. I N° 94, especialmente nota 20.

3 ORGAZ, Alfredo, *La reparación de daños en los actos ilícitos* en E. D. 60-871,

En esta acepción la expresión “reparación en especie” hace mención a una situación material; si un sujeto rompe un vidrio su obligación consiste en colocar otro igual; si destruye una pared en construirla nuevamente; si la construyó ilegalmente en demolerla; si imprimió un libro ilegalmente en destruir los ejemplares; si la maquinaria de un industrial hace ruidos insoportables en poner un silenciador; si difamó en publicar por la prensa la rectificación de sus dichos, etc. De allí que la obligación de indemnizar se traduce, generalmente, en una prestación de HACER (ver infra 8 a). Pero las dificultades conceptuales surgen cuando se pretende determinar su contenido. Para algunos, si la condena tiende a la simple cesación del ilícito, no hay verdadera *reparación*. Así, por ejemplo, la restitución de la cosa robada o usurpada no procede a título de indemnización sino de “dominio”⁴; el cese en la concurrencia desleal, la interrupción en el uso irregular del nombre de otro, etc., no son sino la eliminación de las conductas antijurídicas, etc. De indemnización sólo debería hablarse cuando se repara un perjuicio distinto al ilícito en sí mismo⁵.

Para otro sector, en cambio, la reparación en especie contempla aún esos supuestos; de allí que en el régimen primitivo del código civil se considera excepción a la norma la última frase que mencionaba a “la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”⁶.

Dice Vélez Mariconde que no debe confundirse la acción restitutoria con la acción reivindicatoria, pues aunque produzcan el mismo resultado, los sujetos titulares no son los mismos; así por ejemplo, la primera puede ser ejercida por el simple tenedor, aún en contra del mismo propietario que se la hubiere apropiado ilegítimamente, lo que no ocurre con la reivindicatoria⁷.

Para algunos, esta controversia conceptual no es sino un juego de palabras⁸; sin embargo, en ciertos casos ella trasciende el plano terminológico para llegar a importantes consecuencias prácticas. Muchos supuestos que la doctrina excluye del campo de la reparación entran en el ámbito de las acciones reales; de allí que producida la quiebra del obligado a restituir, el damnificado por el ilícito tenga una situación prio-

4 LLAMBIAS, Obligaciones, t. IV-A N° 2317. en especial nota 15; TRIGO REPRESAS, Ambito del resarcimiento de daños, en Examen y Crítica de la reforma t. 2 pág. 175.

5 SAVATIER, ob. cit. t. II N° 594.

6 ORGAZ, ob. cit. E. D. 60-873 quien considera casos de reparación en especie los previstos en los arts. 825, 633, 2441 in fine, 2500, 2596, 0618, etc. del Código Civil. Conf. BOFFI BOGGERO, Tratado, t. 2 N° 568.

7 MAZEAUD-TUNC t. 3-1 N9 3208 nota 1.

8 VELEZ MARICONDE Acción resarcitoria, pág. 82.

ritaria que escapa a la regla del “ius parit conductio creditorum” (infra 8 c).

Tampoco hay acuerdo en lo qué debe entenderse por “reparación por equivalente”, pues mientras algunos lo reducen a la indemnización pecuniaria, otros extienden su campo a equivalentes no monetarios; por ej., en lugar de entregar una suma de dinero, el juez podría condenar a dar un objeto o un título de renta nominativa, etc...⁹ Pero en general puede afirmarse que cuando los autores hacen referencia a “indemnizaciones por equivalente” quieren significar “obligaciones dinerarias”.

2. *Ventajas e inconvenientes de cada sistema*

Ninguno de los dos sistemas se autoabastece. Cualquiera sea la regla la ley debe hacer concesiones al sistema inverso.

Se dice que la reparación en especie representa la forma más pura de borrar los efectos del acto ilícito, pues supone volver las cosas al estado anterior que ellas tenían¹⁰. Se señalan también como ventajas que el perjudicado no está obligado a probar su interés y que no corre el riesgo de perder derechos basados en valoraciones puramente subjetivas¹¹.

Pese a reconocerse todas estas ventajas teóricas, se marcan las siguientes desventajas:

a) No da solución a los casos en que el objeto no fungible o el sujeto dañado ha sido totalmente destruido o ha desaparecido (infra 11 a).

b) Es injusta cuando la reposición se toma excesivamente onerosa para el sujeto obligado (infra 13).

c) No tiene en cuenta las variaciones determinadas por el curso hipotético posterior de los hechos, lo cual puede llevar consigo perjui-

9 MAZEAUD-TUNC t. 3-I N° 2319.

10 Conf. DASSEN, Julio, El art. 68 del anteproyecto de Código Penal de Sebastián Soler en J.A. 1960-VI-109; ACUÑA ANZORENA, Arturo, Forma de la reparación en materia de actos ilícitos en L.L. 120-514 y ss. Recomendación del despacho de la mayoría del 49 Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1989 suscripto por Jorge Llam-bías, I. Goldemberg, J. J. Castello, M. Ferrer Deheza, A. L. Manca, R. López Cabana, A. Ramella, M. A. Mercader, R. Garrido, P. Horvath, H. Racciatti, R. H. Brebbia. El sistema también es defendido desde la perspectiva teórica, MAZEAUD-TUNC t. 3-I N° p303; SANTOS BRIZ, Derecho de Daños pág., 253; BUSTAMANTE ALSINA N° 130. La formulación es perfectible como dice FISCHER, se trata de restaurar el estado de cosas que EXISTIRÍA (no existía) antes del daño, pues el pasado no puede borrarse ni retrotraerse; de allí que deba volverse al que verosímelmente habría existido de no mediar el ilícito. (FISCHER, Los daños civiles y su reparación pág. 140).

11 FISCHER, ob. cit. pág. 133.

cios o beneficios injustos tanto para el perjudicado como para el responsable.

d) Da lugar a problemas de difícil solución en la denominada deducción de “viejo por nuevo” tratándose de cosas usadas (infra 5 b).

e) El responsable no siempre es la persona más indicada para reparar los perjuicios causados (infra 9).

f) No puede indemnizar el lucro cesante ni los gastos que se necesitaron hacer durante el tiempo necesario para la reparación (infra 11 a)¹².

g) Prolonga los pleitos ligando en el tiempo innecesariamente a deudor y acreedor.

Se afirma, en cambio, que la reparación pecuniaria es más cómoda y sencilla pues el dinero es el común denominador de todos los valores; aunque imperfecta es siempre factible; como versa sobre un “certum” facilita la tramitación procesal de la reclamación; ni el juzgador ni el intérprete tendrán inconvenientes pues el más grave (el de la depreciación monetaria) no existe por ser una deuda de valor¹³.

Sin embargo, las dificultades tampoco faltan en el sistema monetario: el valor de una cosa puede variar de un lugar o de un momento a otro (infra 17); si no se reconociesen las acciones restitutorias el damnificado se vería privado de importantes defensas; la prueba de los montos reclamados se ve perjudicada en muchos supuestos (cosas con valor afectivo; reparadas por el propio damnificado en sus talleres¹⁴; computables en función de otros cuerpos, por ej., piezas de una colección¹⁵, etc...). Desde el ángulo de la estimativa jurídica se ha dicho que resulta odioso admitir que con el dinero “todo se puede” pudiendo destruir bienes ajenos liberándose pagando simplemente una suma de dinero; sería ésta una concepción materialista en exceso¹⁶.

3. *Cuerpo legal que debe resolver la cuestión*

Al aparecer el anteproyecto de Código Penal de 1960 del Dr. Sebastián Soler, se produjo en el país una controversia de alto nivel jurí-

12 Ver todas estas críticas en SANTOS BRIZ ob. cit. pág. 254.

13 La jurisprudencia nacional fue reiterada y uniforme. Conf. ALTERINI A. A., Responsabilidad civil N° 235.

14 Cám. Nac. Civ. sa a B 14/11/66 L.L. 1125-493.

15 Ver BOUREL MACIA, Responsabilidad derivada de la culpa extracontractual N° 123 pág. 1251.

16 MÖSSET ITURRASPE t. I N° 95. Para una réplica del argumento, véase ORGAZ ob. cit., E.D. t. 60 pág. 871 nota 2.

dico ¹⁷. Pese a que muchos autores aplaudieron en líneas generales la solución del art. 68 del anteproyecto (que consagraba la reparación en especie), fueron contestes en afirmar que esta cuestión escapa al ámbito represivo por lo que debe ser resuelta por el código civil y no por el ordenamiento penal¹⁸.

4. *Reglas rectoras en el ordenamiento argentino cualquiera sea el sistema adoptado.*

Tanto en la reparación pecuniaria (solución primitiva del Cód. Civil) como en la restitución en especie (régimen de la ley 17711), existen principios generales que la decisión judicial debe receptor:

a) La indemnización tiene como fin último reponer al acreedor en la situación que se encontraba antes de sufrir las consecuencias del hecho. Lo que ocurre es que en el sistema de reparación en especie es la propia cosa dañada la que vuelve al estado anterior; en el pecuniario, en cambio, se trata de restablecer EL PATRIMONIO de la víctima.

Esta regla ha sido reiteradamente señalada por la jurisprudencia nacional anterior y posterior a 1968 ¹⁹.

b) Consecuentemente con lo dicho, la indemnización no debe mejorar la situación del damnificado ni ser objeto de especulaciones de carácter económico o de enriquecimiento sin causa ²⁰.

5. *Problemas comunes a ambos sistemas*

Ciertos problemas son comunes a los dos sistemas aún cuando la mayoría de los autores los marcan como inconvenientes exclusivos de la reparación en especie.

17 En torno a esta polémica, compúlsese ORGAZ-SOLER, Aspectos civiles de la reforma penal, Bs. As., A. Perrot, 1993

18 Conf. BOFFI BOGGERO, Luis M., El art. 29 del Código Penal y el modo de reparar en Rev. de Derecho Penal y criminología N° 1, 1938 pág. 59; BORDA t. II N° 1639 nota 2600; SALAS, su informe en el IV Congreso Nacional, de Derecho Civil, Actas t. II pág. 629; LLAMBIAS t. IV-A N° 2318

19 Cám. Nac. Civ. sala C 30|4|74 L.L. 153-886 N° 492; sala D 5|2|74 L.L. 1975-C-538 N° 1234; sala E 16|8|74 L.L. 1975-489 S.32.568, JA. 24-1974-167 y ED 60-096; sala F 15|11|73 L.L. 155-716 N° 242 y J.A. 21-1974-399; 08|8|73; L.L. 155-716 N° 242; S.T. Entre Ríos sa a C y C 16|5|67 L.L. Rep. XXXIX-057 N° 683; Tribunal Coleg. Rosario 301165 L.L. Rep. XXVIII-823 N° 642. En contra TRIGO REPRESAS, ob. cit. Examen t. 2 pág. 177, quien considera que la expresión "volver al estado anterior" es propia del sistema de reparación en especie.

20 Cám. Civ. sala A 31|7|69 L.L. 135-982; sala B 21|12|64; L.L. 118-922 24|12|64 L.L. 118-926; 27|12|74 L.L. 1975-837 N° 867; 28|11|75 J.A. 1976-IV-76; sala F 3|5|77 L.L. 1978-A-637 N° 2648. Conf. BORREL MACIA N° 115.

a) *Las reparaciones antieconómicas:* Ocurre con alguna frecuencia que las cosas han sido muy dañadas y su reparación resulta antieconómica pues en el mercado puede obtenerse una cosa semejante a menor valor que el necesario para costear la reparación. Por ej., arreglar un vehículo antiguo puede ser más caro que comprar otro de características similares. La cuestión se plantea tanto si el damnificado requiere la reparación en especie como si reclama las sumas que debió pagar con ese fin. Tratándose de ilícitos culposos se ha resuelto que si el costo de la reparación es antieconómico por superar el valor venal de la cosa, la indemnización debe consistir en condenar al autor del daño al valor equivalente que posibilite reemplazar la cosa destruida²¹.

b) *La reparación de las cosas usadas.* Las cosas usadas normalmente sólo pueden ser reparadas “a nuevo” por lo que a veces las cosas dañadas quedan en mejor condición que la que antes tenían. Por ej., una casa se incendia y debe ser nuevamente construida; un libro cuya vieja encuadernación ha sido destruida debe ser encuadernado de nuevo; un vehículo es chocado sin afectar partes vitales y las dañadas son sustituidas por nuevas (paragolpes, tapa de baúl, etc.).

El problema tiene diversas soluciones posibles.

Una consiste en admitir el “enriquecimiento” del damnificado. Este criterio se funda en que obligarlo a compensar en favor del autor el mayor valor puede aparejar una obligación que la víctima no puede absorber económicamente; el enriquecimiento no es tal pues el resultado final no proviene de una conducta del damnificado sino del responsable; si sólo se concediese una indemnización equivalente al valor de la cosa usada, puede ocurrir que ella sea insuficiente para adquirir otra; de allí que muchas veces es equitativo admitir el mejoramiento de la víctima²²

La otra es obligar al damnificado a entregar la diferencia de valor entre el objeto “a nuevo” y el usado. La solución tendría su base positiva en la aplicación de normas análogas (arts. 2569, 2588. etc. del Cód. Civil)²³. Las sumas condenadas no deberán alcanzar lo necesario para la reparación, sino que tienen que “compensar” y ordenar el pago de la “diferencia”.

21 Cám. 1° CC La Plata sala III 7|2|74 L.L. 1975-C-536 N° 1224.

22 Cám. Nac. Viv. sala B 26|12|72 E.D. 48-284; Sala C 17|10|63 L.L. 114-371; Cám. Nac. Fed. sala Civ. y Com. 13|9|65 L.L. 120-445; LOPEZ OLACIREGUI, su Intervención en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba) Actas t. I, pág. 393. MAZEAUD, ob. cit., t. 3-IN° 2403.

23 Conf. en el derecho alemán OERTMANN, citado por FISCHER, ob. Cit., pág. 149.

TUNC ha propiciado una solución intermedia; reconoce que el problema es intrincado y en algún terreno insoluble por lo que considera que en cada caso concreto el juez deberá tener o no en cuenta el enriquecimiento. Por ej., si un inmueble viejo se incendia y reconstruirlo es excesivamente caro, debe otorgarse sólo una suma que permita adquirir uno en las mismas condiciones que éste estaba; procede la compensación. En cambio si lo destruido es un traje no puede pretenderse que el damnificado compre otro de segunda mano²⁴. Con este criterio se ha resuelto que “La indemnización en cada caso debe ser razonable pues un cálculo frío y estricto puede distar de ser equitativo si descarta la posibilidad de que pueda contarse con otra cosa reparada indebidamente o con otra igual o similar, de no ser factible o útil la reparación, atento la magnitud y naturaleza del daño²⁵”.

Otro principio admisible —salvo prueba en contrario— es que “la antigüedad o el uso, por sí solos, no desmerecen los bienes”²⁶.

Esta problemática encuadra en la más extensa de la “compensatio lucro cum danno”.

6. *El régimen del Código Civil argentino después de la ley 17711.*

Antecedentes de la reforma.

La reforma de 1968 incorporé como principio general el de la reparación “in natura”. Dispone la primera parte del art. 1083: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior”.

El antecedente inmediato de este nuevo texto es la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil que decía: “La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ello fuese imposible, cuando el damnificado optase por ella o

24 TUNC en MAZEAUD ob. cit., t. 3-1 N° 2403 p srgtes.; es la solución propiciada por ORGAZ en La reparación de daños en los actos ilícitos (segundo artículo) E.D. 612, pág. 493. En sustancia es también la de SANTOS BRIZ, ob. cit., Derecho de daños, pág. 236. Pero se ha resuelto: “Para fijar el monto indemnizatorio de una prenda (sobretudo) no restituída al dueño no debe tenerse en cuenta su valor como nueva, sino el que corresponde por su uso al tiempo en que debió ser devuelta” (Cám. Nac. Civ. sala A 23|12|76 E.D. 72-319. Esta solución —aunque evita el beneficio del damnificado— puede significar para éste un perjuicio sino cuenta con posibilidades económicas de adquirir uno nuevo.

25 Cám. Nac. Civ. sala D 6|3|75 L.L. 1978-B-663 34.591 S. Conf. sala E 24|9|76 L.L. 1976-D-496; sala B 8|8|75 E.D. 66-316.

26 Cám. Nac. Civ. Sala E 28|10|75 J.A. 1976-IV-24.

cuando por las circunstancias del caso el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor” 27.

Tanto el proyecto de 1954 del Dr. Llambías, como el de Soler de 1960 se decidieron por la reparación en especie, aunque con distintas fórmulas.

Todos estos antecedentes reconocen su fuente en el código alemán, que recestando la tradición prusiana, señaló el camino a otras legislaciones modernas 28.

Las causas históricas del nacimiento del sistema se encuentran en la “escasés de dinero y las dificultades de evaluación. Parece que las muertes y sustracciones de ganados ajenos eran hechos muy frecuentes; las leyes germanas anteriores al código civil ordenaban en estos casos entregar otro animal sano del mismo valor, admitiéndose con gran amplitud la fungibilidad de los animales muertos o heridos. Sólo se acudía a la indemnización en dinero cuando el objeto no se consideraba fungible (por ej., un esclavo! o cuando su restauración fuera imposible o muy difícil para el obligado” 29.

7. *Ambito de aplicación*

Antes de la sanción de la ley 17.711 se resolvió aisladamente que el art. 1083 sólo regía para los DELITOS por lo que tratándose de cuasidelitos el damnificado podía requerir la indemnización in natura 30 ; sin embargo, la casi unanimidad de los autores extendieron la solución a la órbita de los cuasidelitos31.

La doctrina es conteste en que el actual art. 1083 rige todo tipo de actos ilícitos, pero se discute si se aplica al ámbito contractual 32 . Por nuestra parte pensamos que, en la mayoría de los casos, la cuestión se reduce a un problema teórico-conceptual. ¿Deben entenderse incluídas

27 El tema fue Introducido de manera indirecta pues el sometido a discusión era “Unificación del resarcimiento en materia contractual y extracontractual”. Surge a raíz de una ponencia presentada por los Dres. Ferreyra, Moroni Petit y Banchio. El despacho mayoritario de la comisión lleva, además de la firma de los mencionados, la de Salas, Racciatti, Brebbia y Contte.

28 Ver por ej., art. 1915 del Código de México.

29 Ver estos antecedentes en FISCHER, ob. cit., pág. 136.

30 Cám. Nac. Civ. sala A 13|6|65 con nota de Acuña Anzorena, Forma de la reparación en materia de actos ilícitos en L.L. 120-478.

31 AGUIAR, t. IV, pág. 113, nota 20; ORGAZ, 71 daño resarcible N° 35 y 37é CAMMARO-TA, t. I, pág. 177 y sgres.; COLOMBO, Culpa aquilina N° 270; LAFAILLE, Obligaciones, t. II N° 1230; BORDA, t. II N° 139 y ss.

32 Se pronuncian por la afirmativa MOSSET ITURRASPE, t. I N° 95; BOFFI BOGGERO, t. 2 N° 563. Confrontar ALTERINI, Responsabilidad civil N° 231. En contra afirmando que sólo rige con la órbita extracontractual ORGAZ, ob. cit., E.D. 82, pág. 491.

en el tema “reparación” las soluciones que prevén los incs. 1 y 2 del art. 505? El inc. 3º se refiere sólo a la indemnización pecuniaria? En la órbita contractual el primer derecho del acreedor es exigir aquello a lo que el deudor se obligó o hacérselo procurar por otro a costa del deudor. Se llame o no a esto reparación en especie, el hecho es que la solución es análoga a la que consagra el art. 1083 en su primer apartado. La gran diferencia de operatividad radica en que mientras en el ámbito extracontractual la opción del acreedor nace “ab initio” (infra Nº 12), en el campo contractual los pasos señalados en el art. 505 deben darse, en principio, uno después del otro en el orden establecido ³³.

8. Consecuencias del principio de la reparación en especie

a) *Es una obligación de hacer o de dar*: La obligación de indemnizar in natura constituye en general una obligación de HACER sometida a su régimen; normalmente será factible la aplicación de astreintes por la inejecución de la sentencia que la ordena ³⁴. También puede consistir en una obligación de dar cosas si la prestación a cargo del autor es la de entregar un objeto similar ³⁵.

b) *Es una obligación indivisible*: Si los sujetos obligados son múltiples, además de existir solidaridad entre ellos (art. 1109 y 1081 del Cód. Civil), la obligación será generalmente indivisible (arts. 679 y 680 del Cód. Civil) ³⁶.

c) *Situación del damnificado en la quiebra del responsable*. Un importante sector de la doctrina ha señalado que en caso de quiebra del responsable, el damnificado es acreedor más sólidamente respaldado cuando la reparación se ordena en especie ³⁷. Esta afirmación es exacta si se admite que la restitución de las cosas objeto de un delito encuadra en la noción de reparación (ver supra Nº 1). En efecto, en este caso el damnificado ejercería acciones que le permiten escapar a la regla del “ius parit” (arts. 142 y conchs. de la ley 19551). En cambio, cuando la obligación consiste en un hacer (reparar) deberá verificar su crédito de la manera prevista en los arts. 20 2º párrafo y 133 de la ley concursal cobrando en moneda de quiebra si los bienes resultan insuficientes.

Pero es importante señalar que la entrega de la cosa equivalente a la que fue destruida es un verdadero cumplimiento de la obligación y no

33 MOSSET ITURRASPE, t. I Nº 97 en especial nota 45.

34 Conf. FISCHER ob. cit., pág. 141; ORGAZ, ob. cit., ED 60-871; SAVATIER, t. II Nº 593.

35 Conf. ALTERINI, Responsabilidad Nº 233; MOSSET ITURRASPE, t. I Nº 97 nota 47.

36 Conf. BUSTAMANTE ALSINA Nº 1588.

37 BOFFI BOGGERO Nº 568.

de una prestación subrogatoria; no es una *datio in solidum* y por lo tanto el pago no podría ser impugnado por la vía del art. 122 inc. 3° de la ley concursal³⁸.

9. *Operatividad del principio.*

El cumplimiento de la obligación de reparar *in natura* no impone que sea el autor del daño el que realice personalmente la prestación de hacer; o sea, el conductor del automóvil no es el que procede a la curación del peatón o a la reparación de la bicicleta, etc. Aunque el autor tenga conocimientos técnicos, el damnificado tiene derecho a no ser tratado por él. Dice Fischer: “Si un médico incurre en responsabilidad y es obligado a reparar el daño que causó por haber curado torpemente un brazo dejándolo anquilosado, no es fácil que el enfermo quiera ponerse en sus manos nuevamente”³⁹.

Normalmente las reparaciones se efectúan por otro a costa del autor. Se discute quién tiene derecho a elegir el técnico (el tallerista que arregla el auto, el constructor que edifica la casa, el médico que cura las heridas, etc.). Cuando se trata de daños a la salud o a la integridad física no es dudoso el derecho de la víctima a elegir; pero puede ocurrir que los servicios requeridos sean de una categoría superior a las posibilidades económicas de la víctima; es decir, que si el hecho hubiera sido casual, él no habría podido acudir a estos medios. No obstante, el autor está obligado a esta reparación. Claro está que si el perjudicado acude a clínicas lujosas y reclama expertos famosos cuando el tipo de lesión puede ser tratada por profesionales medios, debe entenderse que no está “reparando” sino haciendo una “ostentación de lujo”⁴⁰. Se trata de una cuestión de hecho a resolver equitativamente en cada caso.

Sin son cosas las que han sufrido daños, se ha resuelto que también la elección y control corresponde al damnificado: “Tratándose de una casa con decoraciones de calidad, para arreglar las cuales era necesario un esmerado trabajo por personal experto, es razonable la exigencia del propietario que, previo comienzo de los trabajos de reparación, se le presentara un detalle de la forma y personas que se encargarían de los mismos”⁴¹.

Un problema similar se presenta en las indemnizaciones pecuniarias cuando se reclama la restitución de las sumas abonadas a profesionales

38 FISCHER ob. Cit., pág. 149.

39 FISCHER, ob. Cit., pág. 134; BORREL MACIA N° 117.

40 BORREL MACIA, pág. 243.

41 Cám. Nac. Civ. Sala E 7|5|70 S. 25587 L.L. 141, pág. 683.

elegidos por el damnificado, afirmando el demandado que otros técnicos pudieron realizar igual trabajo por sumas menores ⁴².

Otra cuestión práctica reside en la determinación del plazo dentro del cual el deudor debe cumplir con la obligación en especie. El código alemán faculta al acreedor a señalar un término para la reposición natural, con la declaración de que rehusará dicha reposición después de su vencimiento. Nuestro artículo 1083 no contiene esta facultad expresamente, pero la solución debe ser idéntica: estando en mora el deudor por la sola comisión del hecho ilícito, el acreedor está facultado para emplazarlo otorgándole un nuevo plazo para que cumpla bajo apercibimiento de que optará por la reparación pecuniaria (infra N° 12).

10. *Excepciones a la regla general*

El artículo 1083 menciona expresamente dos: la imposibilidad de volver al estado anterior y la opción del acreedor. Los autores mencionan otras dos: la excesiva onerosidad y la existencia de bienes que no son cosas.

11. *La imposibilidad de volver al estado anterior*

La imposibilidad puede provenir de diversas causas.

a) *Imposibilidad material*: Se produce en la mayoría de los daños corporales (no puede devolverse la vida a la víctima, ni tampoco el brazo o la pierna que se le hubiese amputado).

También se presenta cuando se ha destruido totalmente un cuerpo cierto no fungible.

El daño MORATORIO generalmente no se puede reparar en especie: “el tiempo no borra ni el retraso ni el daño que resulte de él”. “El juez se halla en la posición de un médico frente a un incurable; puede compensar el mal, pero no puede suprimirlo” ⁴³.

De allí que la privación del uso de la cosa dañada por el tiempo que ya transcurrió sólo puede ser reparado pecuniariamente ⁴⁴. En cambio la privación futura puede ser indemnizada in natura; el responsable puede proveer al damnificado de una cosa similar para que la use mientras se repara la dañada.

42 Conf. Cám. Nac. Civ. sala C 6|5|69 L.L. 138-906 23449 S.; S.T. Misiones sala I 25|6|71 L.L. rep. XXXII-A-I, pág. 441 N° 362 (en ambos casos se decidió que el damnificado tiene derecho a encomendar la reparación al técnico que le inspire mayor confianza.

43 MAZEAUD-TUNC, ob. Cit., t. 3-I N° 2310.

44 SANTOS BRIZ, ob. Cit., Derecho de Daños, pág. 254.

En virtud de estos principios, se sostiene que el lucro cesante sólo puede indemnizarse dinerariamente ⁴⁵.

El daño moral tampoco puede repararse in natura por lo que debe comprenderse dentro de la imposibilidad a la que hace referencia el artículo ⁴⁶.

b) *Imposibilidad jurídica*: Tampoco será factible la indemnización en especie si para su efectivización fuera imprescindible ejercer presión sobre la persona del deudor; ésta es la solución para las obligaciones de hacer en general (art. 629 del Cód. Civil) ⁴⁷.

El cumplimiento en especie puede contrariar otras disposiciones normativas. Por ej., se ha destruido una casa de adobe y no se puede reparar —por violar disposiciones administrativas— en el mismo material. Pero esta regla no es inflexible ⁴⁸. Por lo demás es factible la reposición al estado anterior aunque la actividad dañosa hubiese sido autorizada administrativamente; claro está que esta solución debe ser aplicada “contemporizando las exigencias de la producción, el respeto debido al uso regular y la prioridad en el uso” (art. 2618 del Cód. Civil).

c) *Momento para determinar la imposibilidad*: Criticando el art. 1083 en su nueva redacción se ha dicho: “Habrá casos en que la imposibilidad surgirá del mismo daño o de la carencia de similares para reponerlo, pero cuando ello se deba a cuestiones técnicas o de difícil apreciación ¿cuál será el momento? ¿después que se haya intentado componerlo? Pero es del caso que en esos supuestos ya se habrá causado un perjuicio innecesario al deudor” ⁴⁹. La observación no es definitiva; el mismo problema se plantea en la órbita contractual; el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la prestación originaria y durante el pleito o recién en su terminación puede advertir la imposibilidad material de entregar el objeto; la sentencia debe resolverse en el pago de una indemnización pecuniaria.

d) *Imposibilidad derivada del hecho del damnificado*: Supóngase,

45 Conf. MOSSET ITURRASPE, t. I N° 97. Conf. RINESSI y BREBBIA, IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1968). Actas t. I págs. 335 y 393. En contra FISCHER, ob. cit., pág. 41 para quien el art. 249 del C. alemán rige tanto para el daño emergente como para el lucro cesante.

46 Conf. MAZEAU-TUNC, ob. cit., t. 3-1 N° 2310. En contra voto del Dr. Carneiro. Cám. Fed. Cap. sala 2° Civ. y Com. 27|8|71 J.A., 16-1972-416: “La imposibilidad que expresa el art. 1033 reformado es aquella referida a la reposición in natura de las cosas dañadas, pero, en mi criterio, no comprende el daño moral”. El argumento se utiliza para fundar el carácter punitivo y no resarcitorio de daño moral.

47 Con. MAZEAU-TUNC, ob. cit., t. 3-1 N° 2312.

48 Como la formula alguna doctrina francesa, ver MAZEAU-TUNC, ob. cit., t. 3-1 N° 2315.

49 RINESSI, en su informe al despacho de la minoría en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas t. I, pág. 385.

por ej., que un automovilista cause a un caballo de carrera una herida grave pero curable; sin embargo, el dueño del animal lo mata para librarlo de sus dolores.

Para algunos autores este caso también se resuelve en una indemnización pecuniaria⁵⁰.

En realidad no pueden darse reglas absolutas. En el derecho alemán FISCHER considera de aplicación la norma vinculada a la culpa concurrente que dice: “Si cualquier falta de la parte lesionada hubiera contribuido a causar el daño, la obligación de reparar y la cuantía dependerán de las circunstancias, especialmente la de saber si el perjuicio ha sido causado principalmente por una u otra parte”⁵¹. Igual solución corresponde en el ámbito nacional. En el ejemplo propuesto el juez analizará si las heridas aunque curables permitían o no que el caballo siguiera corriendo, las chances perdidas, etc.

12. *La opción del acreedor*

La ley argentina entrega la vigencia real de la reparación en especie a la voluntad del acreedor, pues basta que éste opte por la indemnización pecuniaria para que el deudor no pueda desobligarse reparando in natura, cualquiera sea el tipo de daño producido.

Obviamente esta opción debe ser ejercida regularmente —como cualquier otro derecho— por lo que no puede contrariar los fines tenidos en miras por el legislador al otorgarla⁵².

El código alemán parece restringir la opción a los daños que consisten en lesión a una persona o deterioro de una cosa (art. 249 2º parte), pero como afirma SANTOS BRIZ la limitación a la opción es inoperante pues prácticamente sólo quedan fuera los daños inmateriales⁵³.

a) *Naturaleza de la obligación.* LLAMBIAS —siguiendo a FISCHER— entiende que la opción convierte a la obligación de reparar en una “alternativa irregular en favor del acreedor”. Esta caracterización trae como consecuencia que después de la elección el objeto de la obligación queda concentrado irrevocablemente en el elegido⁵⁴.

50 SCHOLIMEYER citado por FISCHER, pág. 176.

51 FISCHER, ob. cit., pág. 177.

52 Confrontar ORGAZ, Alfredo, ob. cit., E.D. 62-492 quien se resiste a reconocer una amplitud desmedida a la opción. Conforme con lo sostenido en el texto ALTERINI, ob. cit., N° 234.

53 SANTOS BRIZ, ob. cit., pág. 257. Es también la extensión que le da BORDA, Obligaciones, t. II N° 1539.

54 LLAMBIAS, t. IV-A N° 2319; FISCHER, ob. cit., pág. 172 (aunque aclara que no hay identidad sino sólo analogía con las alternativas).

Pero la concentración no es definitiva porque como lo señala el propio LLAMBIAS, en el supuesto excepcional que la prestación en especie se tome imposible, el autor del hecho ilícito siempre deberá indemnizar tal frustración ya que estando en mora por la sola comisión del hecho carga sobre sí el caso fortuito posterior a su mora⁵⁵.

b) *Derecho del deudor a la liberación.* La opción es del acreedor ⁵⁶. FISCHER ha sostenido que nunca pasa al deudor, por lo que éste no tiene derecho a emplazar a la víctima a que se pronuncie bajo apercebimiento de elegir él ⁵⁷. No compartimos esta solución que priva al deudor de su derecho a la liberación (art. 505 última parte); en consecuencia consideramos de aplicación analógica lo dispuesto por el art. 766 del C. Civil, que autoriza al deudor a intimar judicialmente al acreedor como trámite previo a la consignación.

c) *Forma de hacer la elección.* La opción se concreta mediante la manifestación de la voluntad del acreedor comunicada al responsable; es un acto unilateral y recepticio. Si fuera judicial, no podrá ser modificado unilateralmente si la demanda fue ya notificada⁵⁸.

15. La excesiva onerosidad

La ley 17.711 no siguió textualmente su precedente inmediato. Se ha transcrito la recomendación del 3º Congreso Nacional de Derecho Civil que también exceptuaba de la reparación en especie aquellos casos en que "el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor" (supra Nº 6). Es también el criterio del código italiano de 1942.

La omisión legal ha sido tratada de diferente manera por la doctrina:

a) Para algunos el problema se resuelve a través del art. 1069 del C. Civil ⁵⁹. La solución es parcial pues para su procedencia se requiere no sólo que el acto no sea imputable a dolo, sino que el responsable se encuentre en una situación económica disminuida.

55 Solución Insinuada por SALAS, IV Congreso de Derecho Civil, Actas t. I, pág. 389; LLAMBIAS, t. IV-A Nº 2319.

56 Conf. Cám. 1º Apel. Bahía Blanca 7|11|72 L.L. 150-718 (30.120 S.) p ED 47-676; Cám. Nac. Civ. sala B 28|11|74 L.L. 1975-A-688; sala F 7|11|72 ED 47-140.

57 FISCHER ob. cit. pág. 173.

58 LLAMBIAS, IV Congreso de Derecho Civil, Actas t. I, pág. 329.

59 Ver esta pauta en GARRIDO y ANDORNO, Reformas t. I, pág. 138; TRIGO REPRESAS Examen t. 2, pág. 180.

b) Otros salvan la omisión con el art. 1071 pues “el capricho de querer que se lo repare in natura a un costo excesivo, contraría la finalidad de la norma”⁶⁰. ORGAZ dice que también esta respuesta es insuficiente; en primer lugar porque frente a una disposición terminante como el art. 1083, suscita reparos una remisión tácita a un principio general; además porque existen casos en que la exigencia de la reposición no traduce una actitud abusiva del damnificado sino el interés objetivo y serio de procurarse una adecuada reparación⁶¹.

c) No faltan quienes conjugan ambas normas. Tanto el 1069 como el 1071 serían remedios eficaces según las especiales características del caso a resolver⁶².

Pese a estas soluciones implícitas hubiese sido conveniente la mención expresa de la excepción⁶³.

En el derecho alemán, antes de la sanción del código de 1902, se proponía elevar la excesiva onerosidad al rango de imposibilidad por medio de una “ficción jurídica”; es decir, cuando la restauración exige un sacrificio desproporcionado se finge su imposibilidad⁶⁴. Si bien es cierto que a veces la ley debe proveerse de ficciones (por ej., en algunas presunciones iure et de iure), ésta debe ser una solución extrema, pues el derecho debe aceptar realidades.

14. *El daño a los bienes*

Se ha sostenido que la reparación en especie es posible cuando se trata de COSAS (art. 2311 del Cód. Civil), pero no cuando se destruyen bienes⁶⁵.

LLAMBIAS ha distinguido entre bienes propiamente dichos (objetos incorporales susceptibles de tener un valor económico) y afecciones legítimas. En estas últimas es imposible el restablecimiento en especie (supra 11 a); en cambio, los bienes pueden ser restablecidos en algunos

60 LLAMBIAS, t. IV-A N° 2320; LEONFANTI, IV Congreso de Derecho Civil. Actas t. I, pág. 397.

61 ORGAZ E.D. 62, pág. 497, quien pone el siguiente ejemplo: una persona ha destruido un valioso jarrón. Otra del pueblo tiene uno semejante pero pide por él un precio exorbitante. La pretensión del dueño del Jarrón roto de que se le entregue el análogo que está en venta no podría ser contraria a los fines que la ley tuvo en miras al otorgar la opción de requerir la reparación en especie ni se podría decir que afecta a la buena fe ni a la moral ni a las buenas costumbres.

62 MOSSET ITURRASPE, t. I N° 97; ALTERINI N° 234.

63 Como lo reconoce el propio BORDA, ob. cit., t. 30, pág. 817.

64 Ver FISCHER, ob. cit., pág. 138. Algunos autores españoles hablan en este caso de Imposibilidad económica. Ver BORREL MACIA, pág. 247.

65 ALTERINI A.A. Responsabilidad N° 234; conf. voto del Dr. Foutel Cám. Nac. Civ. sala C 13|6|72 E.D. 52-363.

casos; por ej., si se ha destruido la matriz de una escritura que es necesario renovar, el autor puede ser condenado a realizar la tramitación necesaria para conseguir la renovación del título⁶⁶.

Aceptándose el criterio amplio que conceptualiza la reparación en especie (supra 1) la indemnización puede consistir en el restablecimiento de un derecho (por ej., de uso o de servidumbre)⁶⁷.

15. *Las indemnizaciones pecuniarias*

La indemnización pecuniaria procede cuando el acreedor optó por ella, la reparación in natura sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa, se reclame daño moral, lucro cesante, privación de la cosa por un lapso ya transcurrido, etc. (ver supra 11).

En la práctica judicial son excepcionales las demandas en que se peticiona la restitución in natura, reclamándose generalmente el pago de una indemnización pecuniaria⁶⁸.

De allí entonces la aplicación de la frase del filósofo “Era necesario que todo cambiara para que todo siga igual”...

66 LLAMBIAS, t. IV A N° 2320 nota 38. El ejemplo es acertado siempre y cuando se acepte con el autor que el título de dominio de un inmueble no es una cosa pese a lo dispuesto en contrario en el art. 2317.

67 Vélez Mariconde, la acción resarcitoria, pág. 81.

68 Sobre los alcances prácticos de la reforma ver ORGAZ E. D. 60-877.