



En su providente e insondable Sabiduría, el Creador nos llama a la vida y nos coloca, a cada uno de los hombres, en un punto determinado del espacio y del tiempo; liga nuestras existencias con lazos y vínculos de sangre, de amistad, de estudios, de militancia, de religión, con los cuales entreteje nuestras relaciones de convivencia y nutre la personalidad propia de cada uno. Nuestro vivir es, así, convivir. Y esto, que ya es así en el orden natural, se acentúa y, superlativamente, se enriquece dentro de la economía sobrenatural del Cuerpo Místico que los cristianos integramos y que transforma aquella coexistencia en auténtica e indestructible fraternidad en Cristo, Nuestro Rey y Señor, que, lejos de agotarse en este mundo perecedero, se abre a la eterna contemplación de la esencia divina.

Jorge Joaquín Llambías, como compatriota y contemporáneo, compartió los afanes y preocupaciones que dieron nacimiento a esta Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Como Jurista, como Profesor, como Magistrado, ocupó siempre entre nosotros un sitial señero y ejemplar. Todos nos hemos beneficiado de su enseñanza, del influjo de su personalidad y de su entrañable, cristiana, amistad. Por eso su recuerdo nos fuerza a meditar sobre el sentido profundo e inmortal que, ligada con las nuestras, tiene su vida.

Este número de Prudentia Iuris, más que un homenaje a su esclarecida memoria, tiene pues el significado de un testimonio de gratitud y de reconocimiento, por cuanto ha sido y ha realizado. De ahí que se haya pedido la colaboración de quienes por haber sido sus colegas en la Cátedra, sus compañeros o sus discípulos, pueden hacer suyo cuanto dejamos dicho.

La profundidad cristiana, la altura moral y la cálida simpatía humana, que fueron características en él, son puestas de relieve en el artículo escrito por el Dr. Mario Amadeo, que precede a la serie de colaboraciones atinentes

a importantes temas de Derecho que le preocuparon especialmente y sobre los cuales escriben aquí los Dres. Roberto Martínez Ruiz, Jorge A. Mazzinghi, Guillermo R. Quintana Terán, Federico Videla Escalada y Francisco Alberto Vocos. El Dr. Oscar Ameal es autor de la nota bibliográfica sobre el último trabajo emprendido y realizado por Llambías. A todo lo cual, agregamos unas sapientísimas páginas de él mismo. El Dr. José María López Olaciregui publicará en una entrega próxima su colaboración, adhiriéndose a este homenaje.

Al agradecer a los nombrados maestros de Derecho la colaboración prestada, debo agregar un especial reconocimiento al Dr. Patricio Raffo Benegas por su valiosa cooperación en la preparación.

S. E.





JORGE JOAQUIN LLAMBIAS

Conocí a Jorge Llambías en febrero de 1928, durante un veraneo en Mar del Plata. Me lo presentó Juan Carlos Villagra, entonces su compañero de aulas en el Colegio Nacional Nicolás Avellaneda. En ese mismo momento surgió entre nosotros una amistad que habría de mantenerse incólume durante 53 años, hasta el día de su muerte. Mis ausencias, a veces prolongadas, del país interrumpieron más de una vez nuestro trato. Pero el vínculo afectivo no se rompió nunca; estaba arraigado en lo más profundo de nuestros corazones.

Desde el día en que lo conocí me llamó la atención, en este joven de 17 años, la madurez precoz de su personalidad. Serio y mesurado, emitía con parquedad sus juicios, siempre profundos y certeros. Era notable su ecuanimidad; nunca formulaba apreciaciones desmedidas ni se dejaba arrastrar por los arranques propios de la edad juvenil. Ya se perfilaba en él el gran juez que llegó a ser con el andar de los años.

Pero si Jorge era sobrio y contenido, no era aburrido ni pedante. Muy por el contrario, tenía chispa y humor y esas condiciones hacían por demás grata la conversación con él. Cuando la ocasión se presentaba, era alegre y locuaz. Tenía un variado repertorio de anécdotas que contaba con frescura y con gracia. Aunque no le faltaron preocupaciones, nunca lo vi ni amargado ni triste.

Era excepcionalmente inteligente y penetraba a fondo todos los temas que abordaba. Fue estudiante eximio y se graduó en la Facultad con las mejores notas. No me toca a mí hablar de él como magistrado y como jurista, pero no puedo dejar de decir que si supo mucho de derecho fue porque amaba profundamente a la justicia. Nada ni nadie hubiera podido hacerle cambiar una decisión que él considerara justa. Porque su amor a la justicia era su modo peculiar de amar a la verdad.

Estas dotes intelectuales y morales hacían que Llambías fuera, por excelencia, un "hombre de consejo". Yo se lo pedí varias veces, algunas sobre asuntos de su especialidad, otras sobre temas varios. En todos los casos la respuesta era clara, precisa, segura. Después de escucharlo las dudas se disipaban, el camino a seguir estaba marcado. El, por su parte, se complacía en prestar la ayuda que se le solicitaba y ésa era una de las formas como se manifestaba su inmensa generosidad.

Fue durante toda su vida un hombre de hogar. Tenía un verdadero culto por su padre, que fue un médico distinguido e Intendente Municipal de Buenos Aires; en recuerdo de él quiso usar el nombre paterno como el segundo de los suyos. Su madre era una noble señora y sus hermanos, varones y mujeres ejemplares. La casa acogedora de la calle Aráoz era un centro predilecto de reuniones para los muchos parientes y amigos que a ella se acercaban.

Si Jorge Llambías se formó en un hogar dignísimo, no lo fue menos el que él mismo constituyó. Casado en edad temprana con una mujer inteligente, activa y bondadosa, fue padre de catorce hijos, equitativamente distribuidos en siete varones y siete mujeres. Era un placer muy grande visitar los domingos a la tarde la casa de Martínez y ver allí reinar la alegría en medio de una suerte de caótico bullicio en el cual, sin hacerlo notar, ponía orden la aparentemente frágil pero en realidad firmísima dueña de casa.

Hombre consagrado al trabajo intelectual, Llambías no desdeñaba las diversiones acordes con su carácter. Era un apasionado por el "bridge" y, como todo lo que hacía lo hacía bien; había llegado a ser un notable jugador de ese complejo juego. Era también muy buen ajedrecista, y en su edad más tardía cobró afición por el golf.

Cuando conocí a Jorge, estaba apartado de las prácticas religiosas. Pero en plena juventud su alma se abrió a la verdad revelada y durante todo el resto de su vida fue un creyente fervoroso. Casi llegado al término de sus días obtuvo, como un regalo especial de Dios, que su hijo menor se inclinara por el sacerdocio.

Cristiano cabal, ciudadano dignísimo, jurista eminente, modelo de hijo, padre y esposo, todo esto fue, dicho en pocas palabras, Jorge Joaquín Llambías. A ello debemos agregar, como culminación de su figura, un don que lo hizo particularmente querido a todos los que lo conocieron: el don preciado de la amistad. Por eso todos los que fuimos sus amigos seguimos llorando su muerte y rogando a Dios por su eterna bienaventuranza.

MARIO AMADEO

EL APORTE DE LLAMBIAS EN MATERIA DE EFECTOS DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

El Código de Vélez Sársfield, al que no cabe retacear méritos y que revela la calidad excepcional de su autor, como toda obra humana tuvo falencias, que señalarlas no es incurrir en irreverencia.

Una de ellas fue, en el régimen instituido de efectos de la nulidad de los actos jurídicos, la falta de una clara y adecuada protección a quienes ajenos a los vicios de los actos por no haber sido otorgantes de ellos, sino sucesores particulares de los bienes a que se referían dichos actos, no era razonable que padecieran los efectos aniquilantes de la nulidad.

Creemos por ello oportuno evocar a Llambías, el eminente jurista, por el aporte valioso que hizo en la materia y que condensó en su obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los entes jurídicos*, aparecida en 1953 y en la que se revelan las excepcionales condiciones del autor, cuando ya la madurez de su inteligencia y el esfuerzo de su disciplinada labor de estudioso, aquilataban las condiciones que ratificó al aparecer en 1960 la primera edición de la Parte General de su magistral Tratado.

La teoría de las nulidades de los actos jurídicos y sus efectos brinda una persuasiva prueba de que el orden jurídico destinado a realizar el valor justicia, no se aviene a que se lo razone e interprete con un criterio adecuado para las matemáticas, pero no para una disciplina de experimentación y valoración, que no admite pautas de mera especulación teórica. Parece por ello innecesario insistir en el axioma irreversible del carácter humano del derecho, tal cual se impuso desde que se sistematizó el análisis de la filosofía jurídica, y que forzosamente lleva al rechazo de los excesos conceptualistas en la interpretación del derecho, que ceñían soluciones al ajuste de principios absolutos y generales. Ya hemos insistido en este punto en otros trabajos ("Lo permanente y lo nuevo en Derecho Civil" en "Anales", de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, años XXII y XXIII, 2ª época. Hay separata) en que recordábamos que en tal sentido debe tenerse presente el significado y trascendencia de la obra de Savigny, uno de los más grandes juristas de

todos los tiempos a quien sus contemporáneos juzgaron fundamentalmente por sus méritos como romanista y por su enconada oposición a la codificación civil en Alemania, pero que en realidad donde mayor trascendencia presenta es en otros aspectos de su obra, que en su época pasó casi inadvertida, cual es el concepto ontológico del derecho que él expuso como producto de experiencia histórica referido a valores y no como ocurría en la llamada escuela protestante de derecho natural de Grocio y sus continuadores, como producto de disciplinas especulativas.

No es necesario, por cierto, recurrir a difícil indagación para demostrar la realidad de estos conceptos en el ordenamiento legislativo. Bastaría al efecto pensar en el tendal de injusticia que significaría imponer el principio de elemental lógica del artículo 3270 del Código Civil en cuanto formulando una afirmación obvia expresa que nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que tiene, principio que de no estar sometido a un sinfín de salvedades, se convertiría en un lecho de Procusto del orden legal, excepciones tan indispensables que de no expresarse en innumerables supuestos, privarían de la más mínima seguridad jurídica, que es condición de un racional desenvolvimiento jurídico y económico en la vida de relación. Tales los artículos 142, 732, 960, 968, 970, 1967, 2130, 2412, 3135, 3430 y otros.

Pensamos que el Código de Vélez, en materia de efectos de las nulidades, se prestó a que fuera sometido a una hermenéutica censurable por aferrarse a pautas que estimamos inadecuadas, que no se ajustaban a la necesidad de someter los resultados de la interpretación a la preocupación de lograr el buen resultado.

En efecto, el artículo 1051 antes de la redacción que le dio la reforma de 1968, prescribía que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual y el artículo 2778 expresa una aplicación inmediata del principio referida a la acción reivindicatoria. Lo estatuido no merecería objeción en cuanto a los efectos entre partes, ni respecto de terceros en los supuestos en que la nulidad fuera manifiesta, patente en el acto antecedente que estaba al alcance posible del subadquirente, que con la exigible conducta diligente hubiere hecho el estudio de los títulos, pudiendo así advertir la causal de nulidad que afectaba la anterior o anteriores transmisiones. Tales serían a título de meros ejemplos la falta de firmas de las partes o del oficial público en la escritura matriz, la falta de acreditación de personería del representante otorgante del acto, la falta de orden cronológico de las

escrituras, la falta de designación de su fecha, la falta de certificaciones registrales exigidas por las leyes respectivas de publicidad, etc.

Pero la cuestión es bien distinta si la causa de la nulidad no resultaba manifiesta, y se declaraba la invalidez del acto, previa apreciación judicial, por circunstancias que no era posible conocer por quien no obstante su adecuada prudencia y cuidado puesto en el estudio de los títulos no tenía posibilidad de descubrir la causa de la nulidad. Los ejemplos posibles también abundan: el transmitente estaba afectado por una enfermedad que le impedía discernir, sin haber sido declarado incapaz, o la transmisión del derecho fue el producto de una maniobra dolosa, o de violencia o afectada del vicio de error sustancial excusable.

En tales casos, no puede admitirse como justo que el subadquirente, de buena fe y a título oneroso, pueda tener que padecer los efectos persecutorios de la declaración de nulidad de un acto que no estaba manifiesto en el acto.

Se trata de supuestos de actos anulables, que exigen una previa investigación judicial, y en ellos la declaración de nulidad no debe, por razones de necesidad jurídica y de salvaguardia del valor seguridad, afectar los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la declaración de nulidad.

Sin embargo, no era ésa la opinión que prevalecía en la doctrina nacional, pues los textos legales no tenían la necesaria claridad para formular el distingo o, al menos, no se los había indagado con la necesaria profundidad: el artículo 1051, hablaba de la posibilidad de reclamar al actual poseedor los derechos transmitidos por el acto anulado (Salvat, R. M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, 5ª ed., p. 1094, Nos. 2642, 2660 y ss.; Lafaille, H., *Apuntes de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1922, t. II, p. 256; Alsina Atienza, D. A. "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos", JA, 1950-II, sec. doct. p. 3), aunque algunos autores advirtieron la correcta solución y la expusieron en el mismo sentido que después sostuvo Llambías. Tal el caso de Bustamante, F. ("El título anulable y el sucesor singular de buena fe", en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho", Buenos Aires, 1936, p. 65) y también de Fornieles, S. ("Reivindicación contra el adquirente de buena fe", en JA, 1943-IV, sec. doct. p. 9), con relación a la correcta interpretación a acordar a los artículos 2777 y 2778.

El mérito de Llambías fue desarrollar con un rigor lógico que impuso la interpretación de este punto, a la luz de los principios superiores de lógica y buen sentido y la necesidad de no omitir la norma sancionada en el artículo 1046.

En la mencionada obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, analizó con amplitud y fundamentación irrefutable la buena solución, que luego ha sido seguida en la cátedra y en los pronunciamientos judiciales contribuyendo así, en aporte valioso, a imponer una solución adecuada a la necesidad de dar estabilidad a las relaciones jurídicas (ver el estudio de J. J. Carneiro, "Nulidad de los actos jurídicos y la reivindicación de los inmuebles", en ED, t. II, p. 657).

La tesis de Llambías consiste en dar al artículo 1046 la proyección que debe asignársele, para decidir el alcance de la declaración de nulidad del acto anulable con relación a terceros, en cuanto establece que los actos anulados se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrían por nulos desde el día de la sentencia que los anulase. Sostuvo al efecto que dicho texto resultaría desvirtuado y vaciado de toda eficacia normativa si omitiéndolo, se hiciera prevalecer sobre él, el texto del artículo 1051, que se refiere a la ineficacia de todos los derechos transmitidos en virtud del acto anulado.

Tal aparente escollo se desvanece, apenas se tengan en cuenta los convincentes argumentos de Llambías sobre la correcta manera de coordinar ambos artículos, del cual es fundamental el que extrae del análisis de la fuente de nuestro artículo 1051, Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, 3ª ed., 1856/58, t. III, párr. 336, p. 184, N° 3) pues estos autores, a diferencia del artículo redactado por Vélez, expresan que el efecto aniquilante se produce aunque se trata de la consecuencia de una obligación *después* anulada. En cambio, el artículo 1051 no trae igual previsión respecto de la posibilidad de que la anulación fuere posterior al título del tercero. Esta diferencia, advertía Llambías, permite al intérprete la libertad de optar por la solución más acorde con las exigencias de la Justicia y de la estabilidad jurídica y agregaba "naturalmente el tercero que ha confiado en la bondad de un título que hasta entonces la sociedad no había reprobado, no puede ser burlado en la fe que merecen los actos cumplidos bajo el amparo de la ley vigente al tiempo de su realización" (ob. cit., p. 105). Coincidentemente, constituyó un aporte de especial valor el análisis de la fuente del artículo 1046, que es el *Esboço*, de Freitas, y Llambías demostró que de acuerdo a los artículos 797, 798, 799 y 800 no tenía retroactividad la sentencia invalidatoria, contra lo sostenido por algunos autores (Alsina Atienza, D. A., ob. y loc. cit.).

Después de la reforma de 1968, el nuevo texto del artículo 1051, ha despejado sustancialmente esta cuestión que se prestó a debate con anterioridad.

Ahora la protección al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe se dispensa, aunque su título entronque con un acto nulo o anulable. Pero la

verdadera trascendencia de la reforma está, no sólo en el supuesto de actos anulables, que una sentencia ulterior al origen del título los haya declarado inválidos, sino con relación a ciertos actos nulos que, excepcionalmente, pueden ser tales no en virtud de una causa manifiesta, sino latente en el acto.

En efecto, hemos sostenido reiteradamente que si bien en los actos nulos normalmente el vicio que los afecta es manifiesto, no siempre ocurre así (“La reforma del Código Civil y la Seguridad Jurídica”, en “Revista del Notariado”, Nº 702. Hay separata). En otros términos no hay coincidencia absoluta entre la clasificación de actos nulos y anulables con la de actos de nulidad manifiesta y no manifiesta aunque ello constituye la regla general. Pueden citarse casos que lo demuestran, como el del incapaz declarado tal por enfermedad mental, que desaparecida la causa de su incapacidad pero descuidado el trámite de rehabilitación presenta una apariencia indiscutible de persona capaz y comienza a otorgar actos de disposición de sus bienes; unido a ello, falta un efectivo régimen de publicidad de los incapacitados y no es dudoso que ese incapaz si otorga actos jurídicos en momentos de lucidez, estaría otorgando actos nulos. Pero la falta de una causa manifiesta en el acto, no impediría la protección que hoy brinda el nuevo artículo 1051. Otro supuesto sería el caso del artículo 985 del Código Civil que establece la nulidad de los actos autorizados por un oficial público ligado por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado con las partes interesadas. Pero puede ocurrir que ese parentesco sea desconocido por los demás otorgantes. En tal caso el acto sería nulo pero no podría proyectarse la invalidez en perjuicio de terceros si no es manifiesta.

Pero tales casos son excepcionales. Lo común es que los actos nulos, resulten tales por circunstancias manifiestas, y en tales supuestos, obviamente los efectos de la nulidad se producen entre las partes otorgantes y también respecto de terceros, si éstos, actuando con la diligencia normal exigible a quien actúa con la prudencia que es condición para invocar la protección de la ley, hubieren podido conocer el vicio de nulidad de los antecedentes de los actos de transmisión de los derechos.

Cabe lamentar que la reforma de la ley 17.711 no haya previsto el supuesto de actos aparentes, desprovistos de validez, por falta de intervención del real titular de los derechos en actos dolosos como la falsificación de firmas o instrumentos o fraudulenta sustitución de personas. En esos casos se presenta un difícil dilema, cual es determinar a quién debe proteger el orden jurídico, si al titular de un derecho defraudado por la falsificación de su firma o la sustitución dolosa de su persona, con complicidad o no del oficial público o al adquirente de buena fe a título oneroso de los bienes en base a tales actos

fraudulentos. La decisión de este difícil interrogante hemos sostenido que debe resolverse aplicando la teoría de la inoponibilidad de dichas maniobras delictuosas al titular del derecho que fue ajeno a ellas. Nuestra opinión fue seguida por prestigiosos autores (Alterini, Jorge H., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, 1971-634, sec. doctr.) y nos ratificamos en lo que expusimos hace ya algunos años, sosteniendo así la inaplicabilidad en esos casos del principio de protección al adquirente de buena fe, no descartando que pueda llegarse a consagrar en normas legislativas la eventual responsabilidad estatal como consecuencia de la falencia acaecida en el sistema legal de la fe pública, responsabilidad ya admitida en la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con relación sólo a la culpa demostrada de los funcionarios de los registros inmobiliarios (C. S. N., "Fallos", 300-640; 296-308; 288-362; 200-360). Al respecto, las previsiones que consagra la ley 22.171 en orden a la responsabilidad notarial en el ámbito de la Capital Federal, resultan de notoria insuficiencia.

Cumplimos, con este breve recuerdo al maestro Llambías, nuestro sentido homenaje a su esclarecida memoria.

ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

EL MATRIMONIO EN LA REGULACION PROPUESTA POR EL ANTEPROYECTO DE 1954

I

Introducción

Tuve el privilegio de colaborar con Llambías en la redacción del Anteproyecto de 1954, obra que está estrechamente ligada a su nombre, porque él fue quien redactó personalmente la enorme mayoría de los artículos que lo componen, y quien —por sobre todo— aseguró la unidad de criterio y la orientación que resplandece en toda la obra.

Me he referido alguna vez, pero no creo que sea inútil dejarlo consignado en estas páginas, al clima en el cual se elaboró el Anteproyecto.

La tarea comenzó en 1948, bajo la dirección del doctor Jesús H. Paz (h.) y con la colaboración del doctor Néstor Cichero; pero uno y otro debieron apartarse pronto de ella, por ser requerido el primero para el desempeño de una función de mayor jerarquía —la Dirección General de Institutos del Ministerio de Justicia— y el segundo por haber sido designado Juez Civil, iniciando así una carrera brillante que puso de relieve sus excepcionales condiciones personales y su profundo sentido del derecho.

En 1950, la conducción del Instituto de Derecho Civil, cuyo cometido era el estudio de una reforma legislativa de fondo, fue asumida por Llambías, con la seriedad, la mesura y la minuciosidad que fueron características propias de su modo de trabajar.

Atacar la redacción de un nuevo Código Civil, era una tarea enorme, para cuyo logro no se contaba con recursos espectaculares. En el Instituto revistaban, además de Llambías, dos funcionarios estables, el doctor Roberto Ponssa —los frutos de cuyo talento segó una inesperada y repentina muerte—, como subdirector, y el suscripto como secretario. Colaboraban, además, el doctor Jorge Bargalló Cirio y el doctor Ricardo Alberdi como abogados adscriptos.

Llambías obtuvo el primer logro al crear un ambiente de trabajo signado por su propia personalidad: Asumió la conducción de la obra con una gran serenidad y una obstinada confianza en que alcanzaríamos un resultado satisfactorio.

Las mañanas transcurridas en la vieja casa de Carlos Pellegrini y Juncal, en esa tarea apasionante de revisar textos, proyectar normas y consultarlas con un maestro de la talla de Llambías —pese a que entonces frisaba en los cuarenta años— constituía un privilegio excepcional para un abogado varios años menor, que balbuceaba sus primeras ideas sobre el derecho civil.

No sólo aprendí a su lado mucho de lo poco que sé sobre esta disciplina científica, sino que descubrí en Llambías —junto al amigo entrañable que fue toda la vida— dos dimensiones diversas, e igualmente valiosas.

Por una parte, me reveló, días tras día, de qué manera sus concepciones jurídicas se nutrían en una filosofía honda, sin cuyo sustrato el derecho es una estructura endeble, desprovista de sentido y de dignidad. Su recta concepción del hombre y de la sociedad, de los fines del uno y de la otra, daban sentido a su creación, dirigida a establecer el orden social justo que es la esencia del derecho.

Por otra parte, la concreción de normas basadas en los principios que constituían el sustrato filosófico de Llambías, solían encontrar ocasionales oposiciones. Se ponían entonces en juego sus dotes de persuasión, su tenacidad y su agudeza para remover los obstáculos opuestos a la iniciativa que él propiciaba.

Ambos aspectos —la hondura filosófica y la prudencia política— funcionaron al servicio de la creación concretada en el Anteproyecto de 1954, cuyos méritos no han sido hasta ahora suficientemente valorados.

Largo sería intentar aquí el análisis de sus principales aciertos. Baste decir que instituciones que están hoy vigentes en nuestro derecho positivo fueron introducidas por Llambías en la obra que comento.

Así, por ejemplo, la habilitación de edad (art. 84), la inhabilitación de pródigos y drogadictos (arts. 94 al 97), el régimen jurídico de las fundaciones (arts. 114 al 119), la regulación de la lesión enorme (art. 159), el abuso del derecho (art. 235), la teoría de la imprevisión (art. 1025).

Otras innovaciones no tuvieron posterior consagración legislativa, pero son ejemplos claros de la inspiración en el derecho natural, que campea a lo largo del Anteproyecto.

Así, por ejemplo, el art. 158, que niega efectos al acto jurídico “cuyo fin fuere contrario a la moral y buenas costumbres, al orden público, a la ley”, y que complementa la disposición de nuestro actual art. 953, que circunscribe la nulidad a la ilicitud del objeto. También el 892, inc. 7º, que incorpora a la enumeración de las obligaciones naturales, “las que provienen de una exigencia del derecho natural o la equidad”, concepto notablemente más explícito que la enumeración del art. 515 del código vigente.

Todo ello sin perjuicio de otros aspectos, como un perfecto sistema de nulidades de los actos jurídicos, la previsión de un registro nacional de ambiciosas proyecciones, e innumerables aciertos sistemáticos, que permitieron reducir los 4.051 artículos del código actual a los 1.839 de que consta el Anteproyecto.

De entre ellos nos ocuparemos de algunas normas dedicadas a la regulación del matrimonio, en las cuales se reflejan con nitidez los principios rectores para la organización de la familia, que fluyen del derecho natural.

II

Los esponsales

El art. 8º de la ley 2393, que reproduce el derogado art. 166 del Código Civil, resuelve de un modo tajante el tema de los esponsales. Lo hace privando de toda consecuencia al quebrantamiento de la promesa matrimonial, con el propósito de poner a salvo la plena libertad del consentimiento, sobre el cual no ha de pesar la amenaza de una acción resarcitoria.

La jurisprudencia ha advertido más de una vez que esta solución no es satisfactoria, que la conducta de quien infiere a sabiendas un mal a otro, defraudando expectativas legítimas, es merecedora de la sanción que implica la reparación del daño causado.

El art. 411 del Anteproyecto recoge esta inquietud, poniendo las cosas en su quicio.

Por un lado sienta el incuestionable principio de que no hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa; pero sin perjuicio de ello, admite que el incumplimiento doloso se traduzca en la obligación de reparar el daño material y moral.

La solución tiene plena congruencia con lo que se dispone sobre hechos ilícitos.

En efecto, el art. 1072 incluye, entre quienes están obligados a la reparación, a “los que a sabiendas causen un daño mediante un acto contrario a las buenas costumbres”, y no cabe duda de que el quebrantamiento doloso de la promesa matrimonial merece tal calificación.

Por su parte, el art. 1075, al determinar la extensión de la responsabilidad que corresponde al autor de un hecho ilícito establece, en su última frase: “El daño moral será indemnizable cuando el agente hubiera actuado con dolo”.

Es decir, que las consecuencias del quebrantamiento de los esponsales quedan armónicamente encuadradas en las normas que disciplinan la responsabilidad extracontractual.

Es verdad que la legislación extranjera y la opinión de los autores ofrecen distintas respuestas a la cuestión planteada. Se podrá coincidir o no con la solución de Llabrás; pero no cabe duda de que ella está inspirada por un hondo sentido de lo justo y resuelta con innegable prudencia.

III

Impedimentos matrimoniales

La enumeración del art. 412 del Anteproyecto no aporta otras novedades respecto de la regulación vigente, que la que surge de los incs. 9º y 10.

Los ocho primeros reproducen, con leves variantes terminológicas, a los siete incisos del art. 9º de la ley 2393, con la sola excepción que implica incluir en el cuarto lugar, el impedimento de adopción, que obviamente no figura en la ley de matrimonio civil. La solución propuesta por el Anteproyecto respecto de este impedimento es a mi criterio la más satisfactoria y la que he propiciado al ocuparme del tema.¹

Pero los incs. 9º y 10 se refieren a casos que no están resueltos en el derecho vigente, y que dan lugar a enfrentamientos de opinión relacionados con la comprensión del régimen de nulidades matrimoniales.

El primero de dichos incisos considera como impedimento “el estado de perturbación enfermiza del espíritu, excluyente del discernimiento, a menos de ser transitorio”. El segundo alude a “la embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de tóxicos enervantes”.

- a) La falta de discernimiento ha sido considerada de distintas maneras por los autores, aunque la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tales supuestos.

Para quienes sostienen la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley vigente, la cuestión es ardua. Y así los autores llegan desde sostener la inexistencia del matrimonio celebrado con privación ocasional del discernimiento,² hasta incluir la hipótesis en un supuesto de dolo del contrayente que se encontraba en condiciones normales.³

El art. 442, inc. 7º del Anteproyecto califica al supuesto como un matrimonio anulable, o sea, que llega a la misma conclusión, expresamente formulada, que la que a mi juicio corresponde según el derecho vigente, por aplicación del art. 1045 del Código Civil.

- b) El inc. 10 se refiere a los afectados por embriaguez habitual y a los toxicómanos.

También este caso se encuentra más nítidamente definido que en la regulación vigente. El ebrio o el toxicómano deben hoy día ser considerados como enfermos mentales, o bien, como privados accidentalmente de uso de razón, según la previsión del art. 921.

La primera calificación está enunciada como “locura”, según la escueta norma del art. 9º, inc. 7º de la ley 2393. Y no hay duda de que un dipsómano o un drogadicto no son estrictamente “locos”. Son enfermos mentales, y en tal sentido se hallan comprendidos por el nuevo texto del art. 141 del Código, con cuya norma hay que considerar ampliada la vetusta regulación de la ley 2393.

¹ MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, *Derecho de Familia*, t. I, Nº 40, t. III, Nº 590.

² MOLINARIO, ALBERTO D., “De los nuevos supuestos de inexistencia matrimonial”, LL, 108-1059.

³ BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, *Derecho de Familia*, Nº 384.

Pero no cabe duda de que la enumeración del Anteproyecto es la correcta: Los matrimonios celebrados por personas que ostentan una anomalía psíquica que configure un estado de perturbación o por los ebrios y drogadictos pueden ser impugnados, y los jueces pueden anularlos si advierten que el grado de la perturbación o de la enfermedad era tal como para justificar dicha decisión.

IV

Consentimiento

A este respecto Llambías tomó un sesgo que no deja de sorprender.

El Anteproyecto modifica la redacción del art. 14 de la ley 2393, de una manera que enrola a dicho texto en una corriente marcadamente declaracionista, opuesta a la que, a mi criterio, cabe asignarle en su actual versión.

Dice, en efecto, el art. 416 que “es indispensable para la existencia del matrimonio *la declaración del consentimiento* de los contrayentes, expresada ante el oficial público, encargado del Registro Civil...”.

La redacción actual es en apariencia semejante, pero muy diversa en el fondo: dice el texto vigente que “es indispensable para la existencia del matrimonio *el consentimiento* de los contrayentes expresado ante el oficial...”.

Una cosa es que sea indispensable el consentimiento, y otra que sólo sea indispensable “la declaración del consentimiento”, como reza el texto del art. 416. La primera variante permite adscribir la norma a la corriente que sostiene la prevalencia de la voluntad real, mientras que la segunda no deja duda de que responde a un criterio meramente declaracionista.

Es curioso que Llambías haya acogido esta enmienda, pues él estuvo siempre en una posición diversa. Basta remitirse al art. 156 del Anteproyecto, que expresamente hace prevalecer la real intención sobre la expresión, y basta releer lo que escribe en su Tratado de Parte General respecto al tema genérico y en especial a la simulación del matrimonio, para advertir que admite dicho vicio y sostiene la inexistencia del matrimonio simulado “por ausencia de efectivo consentimiento”.⁴

Lo cierto es que el art. 416, en cuanto es el fruto de un retoque al actual art. 14 de la ley 2393, no resulta un texto bien logrado. En efecto, luego de exigir, como requisito para la existencia del matrimonio “la declaración del consentimiento de los contrayentes, expresada ante el oficial público...”, agrega: “El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles...”.

El uso del plural —“estos requisitos”— se justifica en el texto vigente, donde se habla del “consentimiento de los contrayentes” por una parte y de su “ex-

⁴ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, N° 1397 y ss. y 1843 ter.

presión ante el oficial público” por la otra. Pero si se habla de “declaración” y de “expresión ante el oficial público”, no se advierte sino un solo requisito: La declaración hecha en una circunstancia formal determinada, o sea en presencia del oficial.

V

Invalidez del matrimonio

Este aspecto de la regulación del matrimonio es uno de los más claramente resueltos por el Anteproyecto de 1954.

Los problemas hermenéuticos que origina la interpretación de las nulidades en la ley vigente, están aventados en su inmensa mayoría por las normas proyectadas por Llambías.

El art. 440 comienza por establecer que “la invalidez del matrimonio se rige por las disposiciones referidas a la invalidez de los actos jurídicos, en cuanto fueren compatibles con la índole de la institución y no resultasen modificados por los artículos siguientes”.

Esta expresa aclaración sobre el sistema de las nulidades matrimoniales no es —desde mi punto de vista— una innovación respecto del sistema vigente, pero tiene la virtud de resolver la sostenida polémica entre quienes sostienen la existencia de un régimen especial, y quienes creemos que las normas generales sobre actos jurídicos son aplicables en materia matrimonial, salvo en cuanto sean expresamente derogadas por disposiciones especiales, o sean incompatibles con la naturaleza del matrimonio.

La ventaja del sistema elegido por el autor del Anteproyecto es obvia, y no parece dudoso que es la que quiso concretar Vélez Sarsfield al introducir en el código una regulación genérica del acto jurídico, susceptible de ser aplicada a las diversas especies sobre las cuales legisló.

Dado el punto de partida elegido por Llambías, la clasificación de las nulidades matrimoniales no tiene ninguna posibilidad de autonomía: Los matrimonios son nulos en los casos en que se hayan celebrado con impedimentos de parentesco, ligamen, crimen, falta de edad núbil o interdicción (art. 412, incs. 1º al 8º), y asimismo cuando no se ha dado cumplimiento a la forma de la celebración, es decir cuando el consentimiento no ha sido expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil.

Son, por el contrario, anulables si ha faltado el discernimiento, si el consentimiento ha sido expresado por un ebrio consuetudinario o toxicómano, o si ha mediado impotencia de uno de los cónyuges, que “obstase a la consumación del matrimonio”.

Esta última frase se aparta de algunos pronunciamientos judiciales que no requieren que la impotencia constituya un obstáculo insuperable para la consumación, sino que la aceptan como causal de anulación aun cuando ella se erija en un inconveniente serio, que haga penoso o difícil el acoplamiento sexual.

Nada se dice respecto del matrimonio afectado por nulidad absoluta o relativa, dado que el concepto de una y otra está explícitamente definido en los arts. 210 y 211 del Anteproyecto.

Y siendo así que el interés protegido por la nulidad absoluta es el orden público y las buenas costumbres, resulta obvio —sin necesidad de expresa calificación— que merecen dicha sanción los matrimonios celebrados con impedimentos de ligamen, parentesco y crimen y los celebrados sin observancia de la forma solemne establecida.

Por el contrario, siendo así que la nulidad relativa se establece en protección a un interés particular —es “relativa” a ese interés— ella corresponde a los matrimonios celebrados por incapaces, o por personas afectadas por falta de discernimiento, embriaguez o drogadicción, y vicios de la voluntad.

Me parece interesante destacar que la categoría de inexistencia no aparece en el sistema del Anteproyecto como una categoría diferente de la nulidad.

Es verdad que el art. 416 dice que es indispensable para la existencia del matrimonio la declaración ante el oficial público.

Parecería que de este texto cupiera deducir que el Anteproyecto contempla esta categoría de invalidez en forma paralela a la nulidad y anulabilidad. También respecto del texto vigente (art. 14, ley 2393) numerosos autores⁵ entienden que la alusión a que un requisito es “indispensable para la existencia” del matrimonio, implica una consagración legal de la categoría de la inexistencia.

Hubiese sido ilógico que Llambías cayera en esta errónea posición, siendo así que él —partidario decidido de la teoría de la inexistencia— enseña que ella “es una noción conceptual —no legal— que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica”.⁶

Volviendo a la correlación, antes intentada, entre el art. 14 de la ley 2393 y el 416 del Anteproyecto, parece adecuado señalar que a través de la redacción del primero de los textos puede creerse que la fórmula legal admite expresamente la inexistencia.

Por mi parte considero que se trata de una coincidencia ocasional entre la letra del texto y la verdad sustancial implicada en este problema: En efecto, el art. 14 dice que *el consentimiento* es indispensable para que exista el matrimonio. Y dice bien. Esto es así, y sería así aun cuando la ley no lo dijera, porque la exigencia del consentimiento no surge de la ley sino que proviene directamente del derecho natural, y regiría aun cuando la ley positiva nada dijera al respecto.

⁵ FASSI, SANTIAGO C., *Estudios de Derecho de Familia*, La Plata, 1962 Nos. 20 a 24. BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, ob. cit., N° 376; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, N° 182.

⁶ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ob. cit., N° 1919 y “Código Civil Anotado”, nota 3 al art. 1037.

Pero el art. 416 no alude al *consentimiento*, sino a la *declaración del consentimiento* ante el oficial público, es decir, a un requisito formal, que aparentemente eclipsa al requisito sustancial.

Sin embargo, cabe señalar que el art. 441 establece que es *nulo* —y no que es inexistente— el matrimonio no celebrado ante el oficial público.

O sea que el requisito de la forma legal afecta la validez del acto, pero no su existencia, pese a que el texto del Anteproyecto afirma que la observancia de la celebración es indispensable para que el acto exista.

En cuanto a los vicios de la voluntad, el Anteproyecto se abstiene de repetir la enumeración contenida en el art. 16 de la ley 2393.

Por el contrario, dado que la invalidez del matrimonio queda subsumida en la invalidez de los actos jurídicos, se aplica en el ámbito matrimonial cuanto se dice respecto de los vicios en general, con la sola excepción de que se prevé una regulación específica del error, ciertamente muy superior a la desafortunada fórmula del texto vigente.

En efecto, el art. 443, deja de lado la actual previsión referida al error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, y prevé supuestos de error en las cualidades esenciales, de manera semejante a la que adoptan el Código Brasileño, el Anteproyecto de Biliboni, y el Proyecto de 1936, determinando objetivamente aquellas cualidades cuya falta puede invalidar el vínculo cuando el error ha consistido en atribuírselas al otro contrayente.

Según el art. 443 “el error sólo será causa de anulación del matrimonio: 1º) Cuando se refiera a la identidad del otro cónyuge o a su honra y buena fama... y 2º) Cuando se refiera a un defecto físico irremediable o enfermedad grave contagiosa o hereditaria...”.

En ambos casos se exige que la continuación de la vida en común quede comprometida, ya sea por razones morales, o por razones físicas, creando peligro para la salud del otro cónyuge o de los hijos.

VI

Efectos de la invalidez

La regulación de los efectos de la nulidad matrimonial no ofrece mayores diferencias con la que contiene la ley 2393.

Según la existencia de buena fe en ambos, en uno, o en ninguno de los cónyuges, los efectos de la nulidad se producen de manera diferente.

No obstante hay una novedad en el Anteproyecto sobre la presunción de buena fe.

El art. 448 define la mala fe en términos prácticamente idénticos a los del art. 90 de la ley 2393, pero agrega un segundo párrafo que permite resolver el problema de si la buena fe se presume o no.

Respecto del texto vigente, que nada dice sobre el punto, la doctrina nacional está dividida, y lo está asimismo la jurisprudencia, que no llega a pronunciarse con claridad en uno y otro sentido.

Considero —de acuerdo con algunos fallos y la opinión de autores— que no debe presumirse la buena ni la mala fe, sino que el juez debe pronunciarse sobre ella analizando, sin un partido previo, las constancias judiciales.

La segunda parte del art. 448 del Anteproyecto permite descartar la aceptación de una presunción de buena fe, en cuanto establece que “el cónyuge que no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio y el que celebrare el acto en estado excluyente de la voluntad, serán siempre considerados de buena fe”.

Los casos planteados no aportan nada nuevo, pues a nadie se le ocurriría suponer la mala fe de un demente interdicto, o de quien ha sido víctima de un vicio de la voluntad, aun cuando, si se tratara de violencia, quien la sufriera conociera la existencia de la causa de nulidad.

Pero lo que importa destacar es que si el Anteproyecto presumiera la buena fe de todo cónyuge, sería inútil que expresamente sentara las presunciones indicadas. Es obvio que si se debiera presumir que cualquier cónyuge es de buena fe, no tendría sentido formular la presunción expresa de que habrá que considerar como tal a quien se casa en un estado excluyente de la voluntad o a quien consiente en razón del dolo, el error o la violencia empleados para forzar su consentimiento.

Corresponde interpretar que la expresa formulación de estas presunciones revela que en los demás casos la buena fe no se presume. Y como tampoco existe norma ni principio que permita presumir la mala fe, se llega a la conclusión de que la existencia de buena o mala fe surgirá de las constancias judiciales, y, por lo tanto, el juez deberá proclamarla desentrañándola de las piezas del proceso.

VII

Efectos personales del matrimonio

En este aspecto la regulación del Anteproyecto es notablemente más precisa que la contenida en la ley vigente.

Mientras ésta dispone, en los arts. 51 y 53, que cada uno de los cónyuges deben “vivir” o “habitar” en una misma casa con el otro, el art. 450 del Anteproyecto establece que el matrimonio “impone a los cónyuges una *comunidad de vida* y afecto”, empleando así una fórmula incomparablemente más rica, que refleja con mayor proximidad lo que es el matrimonio que la desabrida mención de que los cónyuges han de vivir en una misma casa.

En cuanto a los deberes, el artículo citado menciona la “fidelidad, protección y asistencia”, indicando cuál ha de ser la actitud de cada cónyuge respecto del otro, y dando expresa cabida legislativa a deberes que la doctrina y la jurisprudencia reconocen, pero que no tienen un claro asidero legal, como el deber de asistencia en su aspecto moral.

En efecto el deber marital respecto de la mujer, de “prestarle todos los recursos que sean necesarios” (art. 53) parece limitar la asistencia a una obligación alimentaria.

La asistencia moral, en cambio, sólo se erige en obligación conyugal buceando en la naturaleza del matrimonio, y prescindiendo de los preceptos de la ley positiva. Si la norma constitucional de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda”, fuera indiscriminadamente aplicable en cualquier caso, los cónyuges podrían repeler, mediante su invocación, las pretensiones de que asistan, acompañen, conforten al otro esposo.

El texto del art. 450 recoge el dictado del derecho natural, conforme al cual los cónyuges deben comportarse entre sí como personas que se aman.

Asimismo el texto analizado distribuye ciertas cargas: confía al marido el aporte de los recursos necesarios para el sostenimiento de la familia, y a la mujer le encomienda prestar fuerzas, consejo y ayuda para la prosperidad común y la preservación del hogar.

Por último, con el fin de evitar que los problemas ordinarios que pueden presentarse en el seno del hogar requieran la intervención de terceros, el Anteproyecto otorga al marido la decisión en asuntos relativos a la vida común, y lo autoriza a fijar el domicilio conyugal.

El texto analizado no es —y no podría ser— un reglamento destinado a regular las relaciones personales entre cónyuges, pero contiene los tres o cuatro principios cardinales, sobre cuya base los jueces podrán resolver los eventuales problemas que pudieran plantearse.

La solución tiende a orientar al marido hacia el trabajo productivo de bienes, que se desarrolla fuera del hogar, y a la mujer hacia el cuidado de la familia sin perjuicio de la ayuda, que tiene el derecho y el deber de prestar “para la prosperidad común”, lo que supone la posibilidad de que ejerza tareas fuera de su casa. Para esto último el art. 452 requiere “acuerdos de ambos cónyuges”, exigencia esta que no resulta fácilmente compatible con la plena capacidad civil de la mujer casada, tal como la establece el derecho vigente. El Anteproyecto, sin embargo, si bien no la califica como incapaz, limita su capacidad en cuanto a aceptar donaciones, formar sociedades con extraños y trabajar fuera del hogar.

VIII

El divorcio

El art. 456 del Anteproyecto comienza por advertir con claridad que “el divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial”.

Nada innova esta norma, respecto del régimen que regía a la fecha en que fue redactada. Muy poco después, sin embargo —en diciembre de 1954— iba a estallar ese rayo con cielo despejado que fue el art. 31 de la ley 14.394,

que introdujo de rondón el divorcio vincular, como una contribución más a la confusión entonces reinante.

Respecto de este problema, básico en cuanto a la solidez de la familia argentina, Llambías mantuvo siempre, en medio de muchas borrascas, su pulso sereno, su imperturbable rumbo, guiado por las infalibles estrellas que orientaban su derrotero.

El Anteproyecto nació a este respecto como debía nacer, indemne a las tentaciones demagógicas y a las componendas turbias. El autor interpretó cabalmente el precepto constitucional entonces vigente, conforme al cual la familia es núcleo primario y fundamental de la sociedad.

Tampoco iba a filtrarse la posibilidad —abierta o encubierta— del divorcio por mutuo consentimiento —aunque se tratara de la simple separación legal— pues Llambías verá muy claro que el orden público está presente en las relaciones de familia.

El art. 409 del Anteproyecto afirma que la familia, “en lo que respecta a la constitución, defensa y cumplimiento de sus fines, es la que se funda en el matrimonio...”, y el 410 dispone que “las leyes que rigen las relaciones de familia son de orden público”.

El ya recordado 450 establece que “el matrimonio impone a los cónyuges una comunidad de vida y afecto”.

¿Cómo iba a tener cabida, en esta trama, la figura del divorcio por mutuo consentimiento?

Las ideas del autor al respecto están claramente —apasionadamente, diría— expuestas en su comentario a la reforma introducida por la ley 17.711.

Los restantes aspectos del divorcio no requieren un comentario especial.

Baste decir que su caracterización como “divorcio-sanción” no deja lugar a ninguna duda, si se advierte que en el art. 457, comienza afirmando que la acción corresponde a los cónyuges “y sólo en virtud de las siguientes causales”.

La enumeración es más simple que la de la ley 2393, de cuyo elenco se conservan sin variantes significativas el adulterio —con la salvedad de que no debe ser consentido o provocado—, la tentativa contra la vida, la sevicia, las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso.

Desaparecen de la fórmula la provocación a cometer adulterio u otros delitos y los malos tratos, pero en cambio se introduce una causa genérica, que es “el incumplimiento de los deberes nacidos del matrimonio, si perturba profundamente las relaciones conyugales y hace imposible al actor su convivencia con el demandado”.

Se trata de un intento de legitimar la utilización extensiva de la causal de injuria que ha realizado la jurisprudencia, procurando definir una figura que

pueda funcionar como causa de la separación legal, aun cuando sea estrictamente irreductible al concepto de injuria.

No obstante, los hechos susceptibles de ser encuadrados en esta causal no dependen de la valoración subjetiva del cónyuge, sino que deben consistir en el incumplimiento de deberes matrimoniales, lo que asegura un mínimo de objetividad, y aleja de la norma el infausto concepto de "matrimonio desquiciado".

IX

Conclusión

Los lineamientos generales que se han enunciado en este rápido examen —y que por razones de espacio no abarcan el régimen de bienes— revelan que la organización del matrimonio en el Anteproyecto de 1954 se inspira en conceptos tradicionales y ostenta una tendencia que, juzgada a la luz de las costumbres vigentes, puede parecer excesivamente patriarcal.

Es evidente que la organización jurídica de la familia, en los treinta años transcurridos desde la elaboración del Anteproyecto, ha evolucionado hacia concepciones más liberales.

Así lo prueban las reformas legislativas operadas en Francia, en Italia, en Brasil, en España.

Pero el rumbo que ellas han tomado, en modo alguno induce a desvalorizar la orientación elegida por el autor del Anteproyecto, que tuvo siempre mayor preocupación por elaborar normas que expresaran los principios fundamentales del derecho natural, que por seguir las corrientes legislativas, o —peor aún— por consagrar en la ley una sensible regresión de las costumbres.

No parece fácil, en las circunstancias que vive el mundo y que padece el país, pensar que se vuelva muy pronto hacia los lineamientos del Anteproyecto, para plasmar las normas que rijan a la familia.

Pero es bueno tener presente que el hecho de que muchos vivan desordenadamente, y las leyes se empeñen en ir tras los extravíos en que tantos incurren, no afecta el criterio de verdad con que se ha de enfocar el problema de la familia.

La propuesta de fórmulas justas constituye una contribución valiosa para orientar la creación legislativa. Tengamos esperanza de que a quienes les toque realizar esta delicada tarea, abreven en las sabias previsiones del Anteproyecto, que aunque el mundo dé vueltas, siguen firmes e incommovibles, porque se refieren al hombre esencial, que a la postre ha de prevalecer sobre este caleidoscópico hombre histórico, a quien se alude abusivamente en nuestro tiempo, como para convencernos de que nada es permanente.

JORGE A. MAZZINGHI

LA REPARACION DEL AGRAVIO MORAL

INTRODUCCIÓN

A pesar de la diferencia de edad y de situación —lo conocí en 1959, siendo él Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y yo Secretario de ese Tribunal— el doctor Jorge Joaquín Llambías me distinguió con su amistad y afecto, obviamente recíprocos.

De allí en más estuve estrechamente vinculado a él, sobre todo en la actividad docente. En reuniones realizadas en el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires, que tengo muy presentes por su alto nivel científico, y a las que concurrí asiduamente por invitación suya, tuve oportunidad de apreciar —en el curso de ilustrados debates con vistas a una eventual reforma del Código Civil, en los que participaban otros maestros de esta disciplina— la hondura de su saber y la firmeza de sus convicciones.

Por pedido y gestión de él me incorporé como profesor adjunto de Derecho Civil V (Familia y Sucesiones) a la cátedra que en la Facultad de Derecho de esa Universidad desempeñaba —y aún lo hace— el distinguido catedrático doctor Jorge Adolfo Mazzinghi. A partir de 1968 acompañé al doctor Llambías, como profesor adjunto, en su cátedra de Obligaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador; y esta situación se repitió en 1974 —ahora por gestión mía— en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, casa en la que me desempeñaba desde el mes de julio de 1968.

Me consideré siempre discípulo y amigo del maestro Llambías. Durante los casi siete años en que estuve al frente de una de las cátedras de Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1975-82) —como profesor adjunto ordinario a cargo de la cátedra, o bien como titular interino— adopté su programa de estudio y seguí, en gran medida, las enseñanzas de su Tratado, obra con títulos como para ostentar un lugar de privilegio entre las que se hayan escrito aquí o en cualquier otro lugar del mundo.

Fue también hombre de consejo. Siguiendo su punto de vista —que compartí racionalmente, y que tenía para mí el peso de su autoridad moral— permanecí en la Facultad en épocas ciertamente difíciles (cuando mucho más sencillo resultaba renunciar), porque —según su decir— se mantenían posiciones desde las cuales podría resguardarse en la enseñanza del derecho que se impartía en esa Casa —en alguna medida siquiera— la seriedad, el nivel y —por qué no decirlo— la concepción iusfilosófica que profesábamos en común.

Estas razones —tan breve y sencillamente dichas— me llevaron a aceptar de inmediato el pedido que se me formulara oportunamente, para colaborar con un artículo en el número especial que se dedicaría a su memoria.

Y hubo algo más aún: como lo expresé verbalmente muchas veces, la muerte del eminente maestro no tuvo ni por asomo, la dimensión de reconocimiento que su personalidad merecía. Aunque su sencillez hubiera, probablemente, rechazado los homenajes, me pareció entonces —y aún lo creo así— que le debíamos mucho más a quien como caballero cristiano, como profesor y tratadista esclarecido, como juez probo y lúcido y como hombre de bien, sembró mucho y provechosamente a lo largo de su fecunda vida.

Restaba tomar decisión acerca del tema que abordaría, aspecto en el que se me dio libertad plena. Opté, finalmente, por referirme a la reparación del agravio moral, por entender: a) que se trataba de una cuestión que mostraba no sólo a Llambías “jurista”, sino que lo exhibía en una perspectiva más integral, al evidenciar la dimensión de los valores morales que prestaban sustento a su postura; y b) por haberlo acompañado permanentemente —en mis fallos, en la cátedra y como conferencista— en uno de los temas en que su opinión había sido menos seguida.

I

El tema del epígrafe ha suscitado —y suscita aún— divergencias de diverso tipo, que afectan inclusive a su denominación¹ y —lo que es más importante— al concepto de este instituto.² Las diferencias de nombre tienen relativa entidad; las que atañen al concepto, en cambio, imponen una inmediata toma de posición, puesto que de lo contrario pueden ser involucradas bajo una misma designación, categorías con diferencia ontológica.

¹ Se lo ha llamado, así, “daño moral” (arts. 1078, 2ª parte, Cód. Civil; y 109 y 23 de la ley de matrimonio civil y del Cód. Penal, respectivamente; FLEITAS, A. M., “La indemnización del daño moral y el pensamiento de Héctor Lafaille”, separata de la obra *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, 1968, p. 7; BREBBIA, R. H., *El daño moral*, Buenos Aires, 1950, pp. 83/4, en nota; SALAS, A. E., “La reparación del daño moral”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1947, p. 79, N° 4; PEIRANO FACIO, J., *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, 1979, pp. 377/78, N° 215; CHIRONI, G. P., *La culpa en el derecho civil moderno*, trad. de C. Bernaldo de Quirós, 2ª ed., Madrid, 1928, t. 2, p. 242, N° 411; GABBA, C. F., *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, vol. II, p. 241, etc.; “agravio moral” (arts. 522, 1078, 1ª parte y 1099 Cód. Civil; ACUÑA ANZORENA, A., “La reparación del agravio moral en el Código Civil”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963, p. 53 y ss.; LAFAILLE, H., *Tratado de las obligaciones*, vol. II, N° 1231, p. 327; LEBÓN, P., *El agravio moral*, Córdoba, 1926, etc.); “daño no patrimonial” (ORGAZ, A., *El daño resarcible*, 2ª ed., Buenos Aires, 1960, pp. 38/9, N° 6; SANTOS BRIZ, J., *Derecho de daños*, Madrid, 1963, p. 120); “daño inmaterial”, “no económico” o “extrapatrimonial” (mencionados por SANTOS BRIZ, J., ob. cit., pp. 120/1); etc.

² ORGAZ, A., ob. cit., pp. 221/24, N° 55, texto y notas 1 a 8 inclusive.

A tal efecto parece propio dejar sentado que no debe atenderse a la naturaleza, patrimonial o no, del derecho afectado —como lo hacen los Mazeaud, Lalou y Fischer y, entre nosotros, Arturo Acuña Anzorena, Acdeel Ernesto Salas y Roberto Brebbia,³ sino a la del daño en sí mismo.⁴ Desde esta perspectiva resulta adecuado caracterizar al daño moral como “una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria”; es “el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial”.⁵

II

En punto a la recepción de este instituto en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, adviértense también posturas contrapuestas. Al lado de códigos —en general antiguos (v. gr. Código Napoleón, español, uruguayo, chileno y colombiano)— que nada dicen a este respecto, existen otros en los

³ MAZEAUD, H. y L., y TUNG, A., *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. de L. Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1961, t. I, vol. I, p. 424, Nº 293; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4ª ed., París, 1949, p. 101, Nº 149; FISCHER, H. A., *Los daños civiles y su reparación*, trad. de W. Roces, Madrid, 1928, p. 251 y ss.; ACUÑA ANZORENA, A., *La reparación del agravio moral en nuestro Código Civil*, en LL, t. 16, pp. 536/7, Nº 5; SALAS, A. E., su nota en JA, t. 1942-III sec. doct., p. 46, Nº 1 *in fine*; BREBBIA, R. H., ob. cit., Nº 21 y ss., pp. 67/76.

⁴ ORGAZ, A., ob. cit. en nota 1, pp. 221/24, Nº 55; LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., t. I, pp. 299/300, nota 27; BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 1ª ed., p. 179, Nº 556; ALTERINI, A. A., *Responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, 1972, Nº 155, p. 128; DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, París, 1924, t. I (IV), p. 45, Nº 403; PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 7ª ed., París, 1917, t. II, pp. 277/8, Nº 868; BAUDRY LACANTINERIE ET BARDEI, G., *Traité théorique et pratique des obligations*, 2ª ed., t. III, pp. 1039/100, Nº 2871; ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Barcelona, 1966, t. II, parág. 250, etc.

⁵ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. I, p. 331, Nº 256 y pp. 299/300, Nº 243.

En sentido coincidente se expiden muchos otros autores. BUSTAMANTE ALSINA, J., (ob. cit., p. 179, Nº 557) dice que el daño moral consiste en “la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”.

Ejemplificativamente, BORDA, G. A., menciona el “dolor físico, depresión psíquica subsiguiente a la amputación de un miembro o la desfiguración del rostro, pérdida del goce de los bienes espirituales de la vida como consecuencia de una ceguera, una invalidez; dolor por la pérdida del esposo, del padre, del hijo, víctimas de accidente”; para concluir que “todo esto se llama daño moral” (*Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, 1967, t. I, pp. 161/62, Nº 170). En el daño moral debe comprenderse “toda lesión de sentimientos legítimos, como es el sentimiento de la propia conservación y de los afectos que nos rodean y hacen agradable la vida; cuando estos sentimientos resultan atacados hay daño moral, por ejemplo: en el caso del dolor experimentado a consecuencia de lesiones o heridas que nos han sido inferidas; el dolor causado por la muerte del cónyuge, del padre o de los hijos; el dolor proveniente de deformaciones orgánicas que, sin comprometer nuestras aptitudes para el trabajo, destruyen la estética del organismo, etc.” (SALVAT, R. M., *Tratado de derecho civil argentino, Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., td. IV, pp. 82/3, Nº 2732).

cuales el tema aparece contemplado de modo expreso, bien que con diferencias, a veces significativas, entre ellos.⁶

Entre nosotros, del criterio teóricamente negativo del Anteproyecto de Bibiloni⁷ —aunque, a la postre, no del todo consecuente con esa postura—,⁸ pásase al mucho más amplio de la Comisión Reformadora de 1936,⁹ para volver al restrictivo del Anteproyecto de 1954, cuya dirección ejerció el doctor Llambías.¹⁰

En los países donde la reparación del daño moral no ha tenido acogida en la legislación, el vacío ha sido suplido por la doctrina y la jurisprudencia, situación que se da típicamente en Francia,¹¹ y también en otras partes.¹²

Cabe admitir, de todas formas, que las opiniones que niegan la viabilidad de la reparación de este tipo de daño son minoritarias.¹³

⁶ FLEITAS, A. M., en su trabajo ya citado (pp. 19/20), menciona el Código Federal suizo de las obligaciones (arts. 47 y 49) y el Código Civil de ese país (arts. 28, 29, 92, 93, 134, 151 y 318); el Código Civil alemán (arts. 253, 847 y 1300); el Código Civil italiano de 1942 (art. 2059); el austríaco (arts. 1325 y 1326); el Código de las Obligaciones de Polonia (arts. 157, párr. 3, 165 párr. 1, 2 y 166); los similares del Líbano (arts. 134 y 263 y de Turquía; el Código Civil del Japón (arts. 710 y 711); el chino de 1930 (arts. 18, 194 y 195); el mejicano (art. 1916); el venezolano (art. 1196); el peruano (art. 1148); el proyecto franco italiano de las obligaciones (art. 85); el proyecto de Código Civil de Polonia (art. 46); el Anteproyecto de Código Civil boliviano, de Angel Ossorio (arts. 870, 920 y 925); el Anteproyecto de Código de las Obligaciones de Brasil (art. 181); el Anteproyecto de Código Civil paraguayo de L. de Gásperi (arts. 2477 y 2489) y el Anteproyecto de Código Civil argentino de 1954 de Jorque Joaquín Llambías.

Este último autor, empero en su *Tratado de derecho civil. Obligaciones* (ob. cit. en nota 4, pp. 347/52, N° 270, texto y notas 25 a 37) formula una clasificación de los sistemas vigentes en el derecho comparado, poniendo de relieve cómo muchos de los códigos más prestigiosos (Código Civil alemán —arts. 253, 847 y 1300—; suizo —art. 28, 2ª parte, 29, 93, 134, 151 y 318—; suizo de las obligaciones —arts. 41, 47 y 49—; polaco de las obligaciones —arts. 157, inc. 3ª, 165, 166 y 167—; italiano de 1942 —art. 2049— y brasileño —arts. 1538, 1547, 1548, 1549, 1559 y 1059—) “sólo admiten la reparación del daño moral en supuestos de excepción”, rechazando en suma la concepción resarcitoria, la cual es admitida, en cambio, aunque no siempre con la misma amplitud, en los códigos japonés —art. 710—, mejicano —art. 1916—, peruano —arts. 1136 y 1148—, venezolano —art. 1196— y libanés —art. 263—.

⁷ Buenos Aires, Abeledo, 1929, t. II, pp. 510/15, notas 11 y 12.

⁸ T. II, p. 69.

⁹ *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Kraft, 1936, t. II, arts. 596 y 866.

¹⁰ *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 1968, arts. 883, 884 y 1075. Ver, asimismo, Anteproyecto de Luis de Gásperi para el Paraguay, de 1964, art. 2477 y su nota, citado por LLAMBIÁS en su *Tratado (Obligaciones)*, t. I, N° 280, p. 366 *in fine*.

¹¹ Para una reseña de la evolución del problema en ese país, ver MAZEAUD, H. y L., y TUNC, A., ob. cit., t. I, vol. I, N° 292 y ss.

¹² Respecto, por ejemplo, del Uruguay, puede verse PEIRANO FACIO, J., ob. cit. en nota 1, pp. 387/99, Nos. 219/24.

¹³ Participan de este punto de vista, entre nosotros, BIBILONI, JUAN ANTONIO, ob. y loc. cit. en nota 7, y OVEJERO, DANIEL, JA, t. 53, sec. doctr., pp. 68/70, N° 5—; y en el exterior, BAUDRY LACANTINERIE, G., et BARDE, L., ob. cit., 2, ed., t. III, 2ª p., Nos. 2871 a 2872, pp. 1099/110; GABBA, C. F., ob. cit., vol. II, p. 241 y ss; CHIRONI, G. P., ob. cit. en nota 1, N° 411 a 415, pp. 242/51; PACCHIONI, G., *Diritto civile italiano*, Padua, 1940,

Por encima de los puntos de vista que, *de iure condendo*, puedan ser admitidos a este respecto, es claro que en el plano del derecho positivo argentino no tiene cabida una postura tan radical. En diversos preceptos de nuestra ley civil y penal —y aun desde fecha anterior a la reforma introducida por la ley 17.711— ha tenido recepción explícita la reparación del agravio moral.¹⁴

Interesa dilucidar, en cambio, la divergencia interpretativa planteada desde antiguo —y subsistente luego de la reforma de 1968, aunque con matices diferenciales— en torno a cuáles actos dan lugar a una reparación de esta especie.

Un breve repaso de la situación existente con anterioridad a la reforma del Código Civil¹⁵ nos muestra la existencia de, por lo menos, cuatro corrientes interpretativas principales; desde la más amplia, que admitía la reparación tanto en el plano de la responsabilidad extracontractual o contractual, y en aquel caso con prescindencia de que se tratara de un delito civil o de un mero cuasidelito,¹⁶ hasta la más restrictiva, que sólo la aceptaba en los delitos civiles que fueran, al propio tiempo, delitos del derecho criminal.¹⁷ Entre estas posturas extremas se ubicaban otras intermedias: a) la que admitía la reparación exclusivamente en materia de hechos ilícitos, pero sin distinguir entre delitos y cuasidelitos;¹⁸ y b) la que, finalmente, concitaba la mayor adhesión jurisprudencial, que consideraba reparable el agravio moral tanto en materia de delitos cuanto de cuasidelitos, pero en la medida en que ellos fueran, también, delitos criminales.¹⁹

vol. IV, 2ª p., p. 321 y ss.; BARASSI, L., *La teoría generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, vol. II, pp. 542/45, Nº 222 bis; MORANCE, G., *A propos d'un revirement de jurisprudence. La réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat*, Recueil Dalloz, París, 1962, 3º cahier, enero 17 de 1962, sec. crónica, p. 15; MASSIN, *De l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire*, París, 1893; TOURNIER, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*, Montpellier, 1896; GIUS-SANA, *Il concetto de danno giuridico*, Milán, 1944, p. 297, Nº 96; y PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bolonia, 1924, p. 162, Nº 40. Estos cinco últimos autores han sido tomados exclusivamente de la cita que hace FLEITAS, A. M., en ob. cit. en nota 1, pp. 15/6, cap. III.

¹⁴ Arts. 522, 1073, 1083 (en su anterior redacción) y 1039, del Cód. Civil; art. 109 de la ley de matrimonio civil; y 29 del Cód. Penal.

¹⁵ Recuerdo que el art. 1078 del Cód. Civil, según su redacción originaria, decía: "Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas".

¹⁶ LAFAILLE, H., ob. cit., t. I, p. 210, Nº 228; ACUÑA ANZORENA, A., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, p. 53 y su nota en JA, t. 53, sec. doctr., p. 28, Nº 13; BUSO, E., *Código civil anotado*, t. III, p. 417, Nº 105; SPOTA, A. G., sus notas en JA, t. 1943-1-844 y t. 75, p. 264; FLEITAS, A. M., ob. cit. en nota 1; COLMO, A., *De las obligaciones en general*, 3ª ed., pp. 124/26, Nos. 154/55, etc.

¹⁷ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, pp. 361/3, Nº 276; CAMMAROTA, A., *Responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, 1947, t. I, pp. 92/6, Nos. 75/7.

¹⁸ COLOMBO, L., *Culpa aquiliana*, 3ª ed., t. II, pp. 317/25, Nº 224; SALAS, A. E., ob. cit. en nota 3, p. 46, etc.

¹⁹ SALVAT, R. M., ob. cit., *Fuentes de las obligaciones*, t. IV, pp. 80/84, Nos. 2731 y 2733; ORGAZ, A., ob. cit. en nota 1, pp. 234/42, Nos. 59 y 60; AGUIAR, H., *Hechos y*

Luego de la reforma introducida por la ley 17.711 el artículo 1078 del Código Civil quedó redactado, en su primera parte, del siguiente modo: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima".

Llambías, analizando conjuntamente los artículos 522 y 1078 reformados del Código Civil, atribuyó al legislador "el acierto de contemplar *la reparación del agravio moral*, no de cualquier daño moral"; señalando asimismo que mientras "el daño moral es el género que comprende a toda lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que alguien padece", "el agravio moral es una especie de ese género, consistente en la lesión intencionada". Sólo habría razón "para imponer una sanción al causante de un daño moral cuando él ha obrado con la maligna intención de producir ese resultado. Lo particularmente vituperable de su acción consiste en el agravio u ofensa que el ofensor causa, invadiendo el ámbito espiritual del agraviado, y provocando a desigñio, el mal que éste padece; de ahí lo que la ley no puede dejar pasar sin un correctivo ejemplar para ahuyentar la comisión de semejantes maldades. Por el contrario, no se justifica la imposición de la sanción cuando falta la intención dolosa en el autor del daño moral, y por tanto no promedia ofensa".²⁰

Esta comprensión del asunto, que no ha sido seguida por otros autores, tiene, empero, apoyo en el texto de la ley y en la significación gramatical de las palabras empleadas.²¹ Conozco, por supuesto, las limitaciones de este me-

actos jurídicos en la doctrina y en la ley, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 300 y ss., N° 45, etc. Puede verse un resumen preciso de estas posiciones en LLAMBIÁS, ob. cit., *Obligaciones*, t. I, pp. 354/63, Nos. 271/76 y notas 38 a 58, y en FLEITAS, A. M., ob. cit. en nota 1, pp. 10/13 y notas 27 a 35.

²⁰ Reforma del Código Civil, en JA, t. 1968-V-790/1, cap. 4.

²¹ AGRAVIO —según el Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de JOAQUÍN ESCRICHE, con correcciones y agregados de Juan B. Guím, Bogotá, 1977, ts. I, III y IV es —en lo que aquí interesa— "el hecho o dicho que ofende en la honra o fama; la ofensa o perjuicio que se hace a una persona en sus intereses o derechos..."; OFENSA, "el daño, injuria o agravio que se hace a otro de palabra u obra"; e INJURIA —voz a la que remite la precedente— es, en sentido lato, "todo lo que es contra razón y justicia, *quod non jure fit*; pero en sentido más propio y especial no se entiende por injuria sino lo que uno dice, hace o escribe *con intención* (la bastardilla es mía) de deshonar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa, o mojar o poner en ridículo a otra persona". "Injuria en latín —dice la ley 1, tít. 9, partida 7— tanto quiere decir en romance como deshonra que es fecha ó dicha á otri á tuerto ó á despreciamiento dél".

El Diccionario de la Real Academia Española (ed. 1970), coincidentemente, expresa que AGRAVIO es "*ofensa* que se hace a uno en su honra o fama con algún dicho o hecho; hecho o dicho con que se hace esta *ofensa*; ofensa o perjuicio que se hace a uno en sus derechos e intereses"; OFENSA es la "acción y efecto de ofender"; OFENDER es "hacer daño a uno físicamente, hiriéndolo o maltratándolo; *injuriar* de palabra o denostar"; e INJURIA es "agravio, ultraje de obra o de palabra...".

Las definiciones transcritas demuestran que "agravio" y "ofensa" son sinónimos; que "ofender" significa *injuriar* de palabra o denostar; y que "injuria" —en el sentido "más propio y especial" recién transcrito— bien puede traducirse, en términos de nuestra ley positiva, por "dolo" (art. 1072, Cód. Civil). Las bastardillas de todas las citas encomilladas son mías.

dio interpretativo²²; pero si ello, de suyo, no autoriza a prescindir totalmente de él,²³ menos aún cabe hacerlo cuando por esa vía —como creo que ocurre en el caso— lógrase una interpretación de resultado valioso.^{23 bis} La divergencia en la solución práctica puede provenir entonces no sólo de la que separe a los intérpretes respecto al “concepto mismo de la ley, a los fines y a los límites de la interpretación” —como lo señala Alfredo Orgaz en *Nuevos estudios de derecho civil* (Buenos Aires, 1954, p. 299) y lo recuerda A. M. Fleitas en el trabajo que mencioné en la nota 22— sino también de una valoración diferente acerca de la bondad del resultado.

Doy por sentado, desde luego que la que preconiza Llambías es una de las interpretaciones posibles de los textos implicados. Para fundar esta afirmación inicial bastaría señalar el hecho objetivo de haber sido expuesta por un maestro de tan significativa autoridad. Pero abundaré un poco más al respecto.

Al ser decidida la reforma parcial del Código Civil y constituirse la Comisión cuyo proyecto se concretaría en la sanción de la ley 17.711, llamó profundamente la atención de muchos (inclusive, según me consta personalmente, de algún integrante de la citada Comisión) que no formara parte de ella el doctor Jorge Joaquín Llambías no obstante que, por sus calidades científicas y por ser autor del Anteproyecto de Código Civil de 1954, parecía tener mejores títulos que nadie para integrarla. Esta omisión bien pudo obedecer a que algunos de sus conocidos puntos de vista resultaban opuestos a los que sostenían quienes, a la postre, resultaron autores del proyecto que se convertiría en ley.

Esta breve digresión tiende a poner de relieve que las opiniones de Llambías eran ampliamente conocidas por los autores de la Reforma y —en lo que ahora interesa— habían sido expuestas por él en su trabajo “El precio del dolor” (publicado en JA, t. 1954-III-p. 358 y ss).²⁴ Y esta circunstancia debió llevarlos a ser particularmente cuidadosos en la elección de los vocablos de artículos que se elaboraron “a nuevo”, para aventar dificultades interpretativas acerca de cuya repetición debió existir certeza. No en vano —en efecto— ha señalado algún autor que —aparte de otras razones— el uso de palabras tales como “condenar” y “agravio moral” “da pie para muy variadas interpretacio-

²² LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Parte General*, 1ª ed., t. I, pp. 98/9, Nº 95; FLEITAS, A. M., “La evolución del derecho y la interpretación de la ley”, separata del artículo publicado en la “Revista del Notariado”, Nº 691, en especial capítulo II; ORGAZ, A., *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 1948, p. 71; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 263-227; 267-46; 271-130; 280-307; 283-339, etc.

²³ Art. 16, Cód. Civil; LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Parte General*, t. I, pp. 108/9, Nº 117; etc.

^{23 bis} LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Parte General*, t. I, pp. 117/9, Nº 128, y autores citados en las notas 36 a 39.

²⁴ BORDA, G. A., ob. cit. en nota 5, pp. 164/66, Nos. 172/4, texto y notas 389 y 398; FLEITAS, A. M., ob. cit. en nota 1, p. 10, nota 27.

nes”,²⁵ concepto que reitera más adelante al apuntar que “la equívocidad del nuevo texto” (alude al artículo 522) dará lugar a interpretaciones encontradas.²⁶

Desde otra perspectiva, si ubicáramos el tema en el plano de la teoría general de la responsabilidad por las consecuencias de actos voluntarios, parece juicioso concluir que el daño moral que, inintencionadamente, alguien provoca con su conducta culposa, ha de constituir para él una consecuencia mediata imprevisible que, por ende, no le puede ser imputada.²⁷

Estas razones, más los argumentos gramaticales²⁸ y de autoridad ya recordados, persuádenme de que es lícito, y no excede el marco de la ley, distinguir entre daño y agravio moral, y reservar este último calificativo para la “lesión intencionada”, es decir, para la cometida con dolo.

Recuerdo aquí que las opiniones personales de quienes redactaron la norma no resultan decisivas en los esquemas actuales de interpretación de la ley,²⁹ y que —como lo señala Legaz y Lacambra— cuando la norma admite más de una inteligencia, “debe elegirse aquella cuyo resultado satisfaga más ampliamente las exigencias de la vida social y los ideales éticos de justicia...”.³⁰

Esta cita —que no hago por vez primera—³¹ aparece también en los ya recordados trabajos de Abel M. Fleitas, y viene a ratificar cómo, a la postre, la diferencia, muchas veces, no radica en los puntos de partida ni en las herramientas hermenéuticas utilizadas, sino en una diversa valoración acerca de cuál interpretación propende a un resultado más valioso.

Por mi parte, estoy persuadido de que la primacía le corresponde a la solución propuesta por el doctor Llambías, extremo que trataré de demostrar seguidamente.

Dentro de este esquema sólo la lesión intencionada —es decir, la provocada con dolo— justifica la reparación. Y esto así por cuanto —el tema está íntimamente imbricado con el del carácter resarcitorio o punitivo de la repa-

²⁵ MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 262.

²⁶ MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., p. 265.

²⁷ Arts. 904, 905 y 906, Cód. Civil; LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 362, nota 53.

²⁸ Nota 21.

²⁹ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Parte General*, t. I, pp. 113/14, Nos. 122/23; FLEITAS, A. M., ob. cit. en nota 22, pp. 21/22; etc.

³⁰ *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, 1943, p. 397.

³¹ “El fuero de atracción del juicio sucesorio y las ejecuciones hipotecarias”, LL, t. 118, p. 1072 y ss., en especial p. 1073, nota 5.

Preconizan una solución similar LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Parte General*, t. I, pp. 117/19, Nº 128; BORDA, G. A., ob. cit., *Parte General*, 2ª ed., t. I, pp. 194/96, Nº 215; SPOTA, A. G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. I, p. 78, Nº 29; FORNIELES, S., *Reivindicación contra el adquirente de buena fe*, JA, t. 1943-IV, secc. doctr., p. 12, Nº 4; ARÁUZ CASTEX, M., *Derecho civil. Parte General*, ed. 1974, t. 1, p. 106, Nº 167, etc.

ración— la cuestión debe enfocarse fundamentalmente desde el ángulo del autor del hecho. Y el castigo, entonces, sólo se justifica cuando el agente ha causado el mal a designio, infiriendo, consiguientemente, una verdadera ofensa o agravio.

El restablecimiento de la justicia ha de lograrse a través del castigo que se impone al victimario. La víctima, en cambio, no ha sufrido ningún desmedro mensurable en dinero. Su patrimonio está intacto y nada justifica, por tanto, que se le otorgue un resarcimiento, cuya función propia de equivalencia tiende a colmar la brecha patrimonial provocada por el comportamiento antijurídico del agresor o del incumpliente.

¿En qué consiste la “justicia” del caso? ¿En castigar al culpable, o en resarcir a la víctima, “en dinero”? Dijimos que ella no sufrió ningún perjuicio mensurable en numerario, carencia que no supera la función “satisfactoria” que pretende asignársele a éste (sobre el tema volveré luego, al examinar el carácter de la reparación). El autor, en cambio —mas sólo cuando procedió con dolo— ha consumado un acto vituperable, que merece una sanción agravada. Justo, entonces, es que se castigue al que, de intento, causó un daño; mas no que se nivele una situación patrimonial que no fue alterada.

Acoto aquí que, en materia resarcitoria, se justifica agravar la responsabilidad del autor del hecho ilícito o del incumplimiento contractual cuando su conducta hubiere sido dolosa.³² Resulta congruente con esta comprensión reservar la aplicación de la reparación del daño moral para aquellas conductas que, por haberse obrado a designio, resultan particularmente condenables.

Desde un enfoque más substancial todavía —esto comporta elevar la mira para una mejor valoración del asunto— creo que la opinión de Llambías se conforma muy apropiadamente con los dictados de la moral.

Aun admitiendo la distinción entre moral y derecho —sobre la cual existe acuerdo generalizado, bien que de diverso fundamento— no es posible “ni metafísica ni psicológicamente” separarlos, puesto que tienen “el mismo objeto material, la conducta humana; la misma finalidad, el bien o felicidad del hombre; el mismo sujeto, el ser humano; y el mismo origen, la libertad del hombre. Los actos internos caen bajo la esfera del derecho en cuanto son antecedentes indispensables de los actos externos y en cierta medida criterio para juzgar a éstos”.³³

La tajante distinción que pretende hacerse entre moral y derecho —de raíz protestante, sobre todo calvinista y puritana— tuvo su origen en Grocio y Tomasio, y fue cultivada luego por otros filósofos, en especial racionalistas y positivistas. Mas admitiendo —repito— la existencia de notas distintivas entre

³² Arts. 521 y 905, Cód. Civil; LLAMBIÁS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, pp. 384/417, Nos. 296 a 313.

³³ LLAMBIÁS, J. J., ob. cit., *Parte General*, t. I, pp. 31/3, N° 25.

ambos, no me parece dudoso que el orden jurídico es parte integrante del orden moral.³⁴

No creo que pueda discutirse la supremacía de la postura de Llambías si se la juzga desde el ángulo de la moral cristiana. Con palabras que no tienen desperdicio y que considero útil repetir, ha dicho el recordado maestro y amigo "que no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces. Re-

³⁴ URDANOZ, TEÓFILO O. P., en la Introducción a la 2.2. cuestión 57 de la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino (Madrid, B.A.C., 1956 *Tratado de la Justicia*, t. VIII, pp. 218/20) dice que, según Santo Tomás, "todo el orden jurídico es esencialmente moral, aun el de las normas jurídico-positivas de las sociedades civiles". Y para justificar este aserto, y el de la inmersión del orden jurídico en el moral, continúa diciendo que el Aquinate enseña esta doctrina jurídica "no como simple jurista, sino como teólogo, incorporándola al sistema general de su teología moral". Santo Tomás abre la gran serie clásica de los teólogos-juristas. Por eso ha enfocado *la consideración del derecho desde la justicia*, que es una de las virtudes morales cardinales o principales sobre que "descansa y gira" todo el orden moral. El derecho aparece en esta primera cuestión, como objeto de la justicia, y las principales determinaciones, formales y materiales, del derecho, las va a dar en la cuestión siguiente, de la naturaleza de la justicia. El derecho va, pues, esencialmente penetrado e incluido en el orden moral, natural y teológico.

Y tal es *el primer fundamento de la tesis*: el derecho es el objeto de la justicia, y ésta es una virtud moral que debe ordenar y regular una parte del bien moral completo, cual es el bien de la vida social, de la rectitud de los actos debidos a otros. Todo el orden jurídico, con sus normas, forma, pues, una parte del bien moral, del orden moral completo y del derecho, objeto de la justicia, y representa la aplicación de la ley moral a las relaciones sociales.

Lo mismo se patentiza considerando, *en segundo lugar*, el concepto integral del orden moral. Todo orden que dirige y regula las acciones humanas hacia el fin último del hombre está incluido en el orden moral, como parte del mismo. Mas el derecho y el orden jurídico regulan las acciones humanas exteriores que se refieren a la *convivencia social*. Este orden de la actividad social forma una parte básica del orden de la vida humana, de los medios exteriores para conseguir el fin último. Y la ley natural, que comprende todo el campo de la actuación humana, debe prescribir al hombre todo cuanto sea necesario para que esté bien ordenado respecto de Dios, de sí mismo y del prójimo. Al derecho le está encomendada gran parte de este tercer campo del bien y de las relaciones sociales. Forma, por lo tanto, una parte del orden ético, regido por la ley natural. Este mismo concepto de una parte del orden moral aparece en la comparación de sus finalidades. El fin próximo del orden jurídico es el bien de la vida social. A su vez, el orden moral comprende la ordenación normativa de todos los actos del hombre al fin general de la vida humana, que es el fin último o la plena felicidad. Como el bien de la vida social es una parte de esta perfección completa y los fines próximos se subordinan al fin general del hombre, así el orden jurídico se incorpora, en la calidad de parte integral, al orden ético general. Y no cabe oponer, como algunos juristas modernos, que este bien común temporal que fomenta el ordenamiento jurídico está integrado por intereses y bienes materiales —salud, prosperidad económica, bienestar, etc.— ajenos al bien moral y a las normas éticas. Nada más inexacto, pues que todos esos bienes componen el bien natural del hombre y, como parte del *bien humano completo*, no son extraños al bien honesto, mientras no se le opongan. Tanto más que el elemento esencial de este bien común temporal, fin de la sociedad civil y del derecho, lo constituyen los valores éticos del orden, paz y seguridad de la justicia, es decir la vida según la virtud, como más tarde diremos.

Y *un tercer argumento*, que bastaba para evidenciar la tesis, es que todos los elementos del orden jurídico son morales. Los derechos subjetivos son, como hemos dicho, facultades morales, basadas en la ley justa, que otorgan poderes morales e imponen a otros obligación también moral. El deber jurídico es a la vez deber ético, que tiene en la ley moral

pugna al sentido moral que los dolores físicos o espirituales puedan ser remediados o aplacados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar. Cuando se lo admite se cae en un grosero materialismo que lamentablemente está presente, aun de modo inconsciente, en tantas manifestaciones de la civilización de nuestro tiempo".³⁵ Y prosigue diciendo, en nota, que "esta

la fuente y fundamento de su obligatoriedad. Se refiere a lo debido para con los otros, que es a la vez lo debido para con el fin último y la propia conciencia. Y, sobre todo, la ley jurídica, principio formal y expresión objetiva del orden jurídico, es a la vez ley ética, homogénea con todas las demás leyes morales. El derecho natural, porque forma parte esencial de la ley natural y divina; y a su vez el derecho positivo, porque deriva su fuerza obligatoria del derecho natural y, como éste, obliga en conciencia, ya que tiene su límite infranqueable en el orden moral y no puede prescribir nada que por su naturaleza sea inno-
ral e injusto.

Por aquí ya puede verse lo inconsistente de los fundamentos secesionistas, máxime de la posición kantiana. Es falso asignar a la ley humana o al orden jurídico el dominio de la pura coacción exterior, sin fuerza obligatoria en el fuero de la conciencia. Esto sólo puede ser verdadero para quienes conciben el derecho como simple fuerza bruta y la ley como un sistema policíaco de medidas coercitivas, o no admiten otra propiedad y distintivo fundamental que la autoridad civil. La coactividad es, sin duda, propiedad y distintivo fundamental que respalda el orden jurídico; mas no es esencial al derecho la coacción efectiva o la fuerza coercitiva actual, pues los derechos que no son reconocidos ni protegidos por la fuerza de la autoridad civil no por eso pierden su valor de exigencias inviolables. Pero es aún más absurda la escisión "de la conciencia humana en dos mitades regidas por dos fueros diferentes: el fuero interno y el fuero externo. A la unidad del acto humano se opone la división en dos partes o sectores: interno, regulado por la moral, y externo, regido por el derecho". Es cierto que la ley ética prescribe inmediatamente los actos interiores, sujeto propio de la moralidad formal. Pero la regulación moral se extiende también a todos los actos exteriores, ya que todos ellos son morales, como actos humanos imperados por la buena o mala voluntad.

De igual suerte, el orden jurídico se refiere directamente a los actos exteriores. Los actos meramente internos no caen bajo la regulación jurídica, porque no se refieren a los deberes para con otros o a la convivencia social. Pero es absurdo afirmar, con KANT, que la ley jurídica sólo atañe *al puro acto externo* y que la regulación jurídica para nada afecta a los actos interiores. Toda la ley se dirige directamente a la voluntad del súbdito y le preceptúa poner de un modo consciente y deliberado una acción exterior. El elemento interno voluntario de ese acto externo cae, pues, bajo el precepto de la ley, que, por lo mismo, obliga en conciencia. El orden jurídico se impone a los actos humanos, y éstos, aunque exteriores, constan de un elemento interno de voluntariedad. De esa interioridad se ha de ocupar también la ley, y, por lo tanto, de su moralidad. Los actos meramente externos, que no son humanos, no pueden llamarse tampoco jurídicos, y todos los actos jurídicos son también morales. Sólo se sustraen a la competencia del legislador humano las intenciones puramente subjetivas que acompañan el acto exterior; pero tampoco se desentiende la ley de todos aquellos elementos interiores de intenciones y otras circunstancias que influyen y se traslucen en la acción exterior. Así, el Código Civil se ocupa de la buena o mala fe en la prescripción, y el Código Penal juzga también de los elementos interiores de culpabilidad que agravan el delito, como la alevosía, ensañamiento, premeditación o astucia, para aumentar la pena, y, al contrario, de los que atenuan la culpabilidad, para disminuirla.

En el sentido preindicado, es decir dando una respuesta afirmativa a la relación entre la moral y el derecho, al punto de sostener que éste está inmerso en aquélla, puede verse CATHERIN, V. S. J., *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, trad. de A. Jardon y C. Barja, 5ª ed., Madrid, 1945, p. 268 y ss., parágs. 1, 2 y 3; CORTS GRAU, J., *Curso de derecho natural*, 3ª ed., Madrid, 1964, pp. 265 y ss.; FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, 2ª ed., Madrid, 1977, p. 371 y ss.; CASAUBÓN, J. A., *Introducción al derecho*, vol. 3, pp. 89/97. También —aunque con algún matiz— GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. de C. A. Lértora Mendoza, Buenos Aires, 1973, pp. 43/60.

³⁵ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 335, N° 261.

tesis se apoya, tal vez inconscientemente, en una filosofía materialista de la vida, y en una implícita negación del orden sobrenatural. Si se considera que la felicidad del hombre consiste en el goce de los bienes terrenos y en la posesión del dinero, que es la llave de ese goce, y se piensa que no hay otro estadio donde pueda concretarse esa ansia de felicidad que anida en todo corazón humano, se desemboca con toda lógica en el resarcimiento del daño moral sufrido: quien experimentó una desgracia tiene derecho estricto a que el responsable le provea una dosis de felicidad que se equilibre con el mal sufrido. Pero es que tal concepción encierra un completo desenfoque sobre el significado del dolor en la vida del hombre pues, principalmente, no constituye un fin en sí mismo sino que es un medio que el hombre puede emplear para acceder a su efectiva felicidad, desde que es un maravilloso instrumento de perfección moral, de cultivo de las virtudes más elevadas, como la paciencia; en fin, es el excelente medio de expiación de quien lo padece, que permite cosechar los mejores frutos. Viene a ser entonces, como se ha dicho, la *bonne souffrance* que arranca al hombre de las cosas de la tierra y le hace volver su mirada al Cielo. Si, ciertamente, Dios permite que el dolor golpee nuestra puerta, es para despertarnos del letargo en que solemos vivir, o para ahorrarnos, en su infinita misericordia, dolores absolutamente mayores, sin comparación posible, en la vida ultraterrena. Son oportunidades de merecer que no hay que desaprovechar intentando convertir ese mismo dolor en título de enriquecimiento patrimonial, pues hay en ese afán una suerte de prostitución del dolor".³⁶

Con arreglo a este enfoque, no debe extrañar que se piense que esta comprensión del problema conduce a un resultado que —en el decir de Legaz y Lacambra— satisface "más ampliamente... los ideales éticos de justicia", sin que ello comporte descuido de "las exigencias de la vida social",³⁷ que se satisfacen con el castigo del culpable —cuando éste lo merece por su acción dolosa— sin que resulte preciso buscar un complemento pecuniario para un perjuicio que no rozó siquiera el patrimonio del afectado.

He sostenido este punto de vista en infinidad de ocasiones. Lo hice, por lo pronto, desde mi cátedra universitaria y en alguna conferencia que pronuncié;³⁸ y como camarista, desde mi incorporación a la entonces llamada Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo. En el curso de las diversas integraciones que tuvo, desde su creación, la Sala Civil y Comercial N^o 2, me tocó, por lo común, mantener esta posición en disidencia.³⁹ Hubo un lapso, empero, en que esta opinión fue mayoritaria en la

³⁶ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 335, nota 9.

³⁷ Ob. y loc. cit. en nota 30.

³⁸ En setiembre de 1972, en la Universidad Nacional de Jujuy.

³⁹ En el período febrero de 1970 a diciembre de 1970 ver, por ejemplo, causas 9777 del 3/6/70 y 9695 del 23/6/70; en el que va desde marzo de 1974 a julio de 1976, causas 3539 del 6/4/75; 3068 del 18/4/75; 3754 del 29/4/75; 4146 del 21/10/75; 4160 del 7/11/75; y en el que corre hasta ahora, causas 4412 del 1/4/77; 4724 del 25/4/77; 6095 del 6/12/77; 6489 del 4/4/79; 5934 del 11/5/79; 8088 del 31/8/79; 8518 del 27/6/80; 258 del 26/12/80; 279 del 30/4/81; 1247 del 14/5/82, etc.

Sala, toda vez que me acompañaba en ella el doctor José Julián Carneiro, que fue colega mío entre los años 1971 y 1973.⁴⁰

III

Es también tema de aguda controversia el carácter —resarcitorio o punitivo— que le corresponde a la reparación que contempla nuestro Código Civil en los artículos 522 y 1078.

Buena parte de la doctrina considera que la indemnización del daño moral se ajusta, en términos generales, a los mismos principios que rigen el resarcimiento del daño patrimonial, puesto que el daño moral sería una especie del género daño.⁴¹

Expresada de este modo, la tesis resarcitoria presenta notorias debilidades. Analizado el problema desde el ángulo de la función de equivalencia patrimonial propia de la indemnización,⁴² se advierte que ella encaja bien con respecto a los daños materiales, desde que sirve para restablecer en el patrimonio del damnificado el valor de que fue privado. Pero no tiene cabida respecto de un tipo particular de daño que, en razón de su misma esencia, no ha causado lesión alguna en el patrimonio. Un remedio que tiene su sede propia en el ámbito del derecho privado patrimonial —al que está adscripto el derecho de las obligaciones— no puede aplicarse sin más a un problema que —más allá de cierta analogía en la denominación— es diferente por su naturaleza y esencia.⁴³

⁴⁰ Conf. causas 623, del 27/8/71; 666, del 31/8/71; 1134, del 28/4/72; 2125, del 1/3/73 y 1973 del 8/5/73.

⁴¹ LAFAILLE, H., ob. cit., t. I, pp. 210/18, Nos. 228/35; SALVAT, R. M.-GALLI, E. V., *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones en general*, 6ª ed., t. I, pp. 214/15, N° 187; BUSO, E., ob. cit., t. III, p. 414 y ss. N° 81 y ss.; etc. Se trata, empero, de una comprensión que, a veces, sólo está implícita en el pensamiento de éstos y muchos otros autores.

⁴² LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, pp. 300/2, Nos. 244 y 245; BUSO, E., ob. cit., t. III, p. 399, N° 39; COLMO, A., ob. cit., p. 105, N° 133; REZZÓNICO, L. M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 9ª ed., t. I, p. 212; etc.

⁴³ Tiene vinculación con este tema la antigua discusión referida al valor económico del objeto de las obligaciones. Sin que ello signifique sostener —como con manifiesto desenfoque del problema lo hacen algunos autores— que el derecho pueda desentenderse de la protección de facultades e intereses legítimos de carácter extrapatrimonial (frecuentemente más valiosos que los patrimoniales), es claro que el derecho de las obligaciones, con su sanción típica, que es la resarcitoria, no constituye el modo apto para hacerlo.

El derecho extrapatrimonial ofendido debe, ciertamente, merecer tutela del orden jurídico, mas no a través de una indemnización de daños —que no se adecua a su naturaleza— sino por otra vía, que respete y sea compatible con la índole del derecho menoscabado.

Entre nosotros, la exigencia de que la prestación tenga carácter pecuniario surge limpiamente de los arts. 953, 1083, 1167 y 1169 del Código Civil.

Para el examen de este tema y, en especial, de la doctrina que distingue entre la prestación —que debe tener siempre valor patrimonial— y el interés, que puede ser extrapatrimo-

Ihering había señalado⁴⁴ que el dinero podía servir como medio de indemnización compensatoria (daño emergente y lucro cesante); como modo de satisfacción, “actuando como un equivalente o sucedáneo ante la imposibilidad de compensarle a la víctima el daño sufrido”; o bien desempeñar función de “pena”.⁴⁵

Pues bien, muchos partidarios de la tesis del resarcimiento sostienen ahora que, en la reparación del daño moral, estaríamos frente a la función “satisfactoria” del dinero, permitiéndole a la víctima procurarse goces espirituales, de esparcimiento y de cultura, que substituyen, o contribuyen a olvidar el dolor infligido.⁴⁶ “No se trataría ya de restablecer una situación patrimonial que no ha sido alterada, sino de procurar un restablecimiento de la situación anímica del lesionado, lo que sería factible brindándole la posibilidad de colmar o compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas”.⁴⁷

Esta “suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces repugna —como lo dijimos antes, transcribiendo palabras de LLAMBÍAS— ... al sentido moral...”.⁴⁸ Y, en verdad, el nuevo enfoque del problema no pasa —como dice Néstor Cichero en un enjundioso trabajo publicado sobre esta materia—⁴⁹ de un juego de palabras, puesto que las “satisfacciones” obtenidas para aliviar las afecciones heridas “son los mismos goces que pueden obtenerse con la suma recibida a título de resarcimiento”.⁵⁰

Desde otra perspectiva, debo significar igualmente que la argumentación —fundamentalmente gramatical— que desarrolla Orgaz en el capítulo IV del

nial, remito a la lectura de LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, pp. 29/35, Nos. 21 a 25. Allí puede verse, también, una clara demostración de cómo, en los famosos ejemplos de Ihering —mozo que no trabaja los domingos, inquilino que tiene vista a un jardín, o propietaria que prohíbe a sus huéspedes hacer música o ruidos— existía verdadero contenido económico en la prestación, aun cuando el interés del mozo, del inquilino o de la dueña de la casa de rentas pudiera haber sido extrapatrimonial.

⁴⁴ *Oeuvres choisies*, trad. al francés de O. de Meulenaere, París, 1893, t. II, pp. 155/8, Nº 6.

⁴⁵ Ver asimismo LAFAILLE, H., ob. cit., t. I, pp. 216/7, Nº 234; FLEITAS, A. M., ob. cit. en nota 1, pp. 23/4; GALLI, E. V., en *Enciclopedia jurídica Orbea*, t. I, p. 606, Nº 16; REZZÓNICO, L. M., ob. cit., t. I, pp. 234/5, etc.

⁴⁶ Sobre este enfoque ver, además de los autores citados en la nota anterior, FISCHER, H. A., ob. cit., pp. 225/29; ORGAZ, A., “El daño moral: ¿pena o reparación?”, en ED, t. 79, p. 859, cap. IV; BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., pp. 184/5, Nº 574; CIFUENTES, S., *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, 1974, p. 361; MAZEAUD, H. y L., y TUNC, A., ob. cit., t. I, vol. I, pp. 438/9, Nº 313; MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1955, t. VI, p. 566, Nº 53).

⁴⁷ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 333, Nº 260.

⁴⁸ *Obligaciones*, t. I, p. 235, Nº 261.

⁴⁹ La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968, en ED, t. 66, p. 157 y ss.

⁵⁰ Cap. VIII, p. 168. Objeción que, como apunta el propio CICHERO, no es trasladable al sistema punitivo, ya que “la pena... no guarda relación alguna con el daño sufrido” —ver p. 168, nota 43—.

trabajo publicado en ED (t. 79, p. 855 y ss.)⁵¹ tampoco parece convincente, puesto que del hecho que el concepto de reparación no se agote en el de equivalencia, sino que comprende también el de satisfacción, no se sigue que la del daño moral tenga este último carácter; menos aún si se atiende a que el artículo 1089 del Código Civil con el que argumenta se refiere, principalmente, al daño patrimonial,⁵² con el que razonablemente puede vincularse el término “indemnización”.

En verdad, siguen exhibiendo el peso de su enorme valor argumental —aunque alguna vez se haya ironizado al respecto— aquellos interrogantes que indagan sobre cuánto vale el dolor de un padre por la muerte de su hijo, o el de la víctima de un delito sexual por la afrenta que éste supone, etc., toda vez que demuestran cabalmente el carácter inconmensurable de este daño. Y *mutatis mutandi* podríamos también preguntarnos —para llegar, a la postre, a una conclusión negativa similar— cuál es la medida de goces (espirituales, se dice comúnmente; mas, ¿será juicioso excluir los de otra índole, y aun los inmorales?) ¿qué satisfará suficientemente al padre o a la víctima en los ejemplos propuestos?⁵³

El dinero es instrumento de cambio y unidad de medida y, como tal, sirve para conmensurar otros bienes, en tanto éstos tengan significación patrimonial; mas cuando carecen de ella, se torna inapropiado. De allí que sirva para definir la cuantía del daño material, pero no la del moral, porque entre ambos —que no integran un mismo género— existe diversidad de substancia o naturaleza; y ella “debe traducirse en una distinta manera de efectuar la reparación: la que sea congruente con la índole del daño de que se trata”.⁵⁴

⁵¹ ORGAZ, ob. cit. en nota 46.

⁵² LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. IV-A, pp. 140/1, N° 2389, y *Código Civil anotado*, t. II-B, p. 376, N° 5; BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., p. 263, N° 848, etc.

⁵³ Dice DEMOCQUE que “los daños y perjuicios son aquí importantes para resarcir el perjuicio causado; una suma de dinero no puede hacer que un padre no haya sido afectado por el atentado moral contra sus hijos. Sería chocante decir que los daños y perjuicios tienen un rol compensatorio; admitir que el dinero puede procurar distracciones tendientes a borrar la pena que se ha sufrido. Eso es contrario a la naturaleza del derecho lesionado (ob. cit. en nota 4, t. IV, p. 48, N° 406. Traducción tomada de LLAMBÍAS, ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 336, nota 11; como lo hice en algún otro caso, sin perjuicio de la consulta de los textos originales en francés).

⁵⁴ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 335, N° 261. Dice BUSTAMANTE ALSINA que “la naturaleza particular del agravio moral impone la necesidad de regularlo jurídicamente mediante una normativa peculiar, *distinta de aquella que es propia del daño patrimonial*. Por un lado, siendo el daño moral *insusceptible de apreciación económica*, su resarcimiento no puede medirse *en términos de una precisa equivalencia entre el daño y la indemnización...*” (ob. cit., p. 184, N° 574. Las bastardillas son mías). En tanto que J. MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, t. I, p. 263, nota 83) señala “que es preciso no caer, cuando se transita por esta vía indemnizatoria... en la tentación de una graduación del dinero del dolor; en la búsqueda de un equivalente dinerario por los disgustos sufridos y la pérdida de la satisfacción de vivir, que devuelva el optimismo a la existencia; una especie de placer vital suplementario”. Para la crítica de esta concepción él —que es partidario de la tesis resarcitoria— remite a RIPERT y LLAMBÍAS, bien que estimando —aspecto en el que no lo acompañamos— que “ambos eminentes juristas” incurrían en el exceso opuesto.

Esto supone, para muchos y destacados juristas —entre los que cito en primer término a Llabrás y a Cichero por ser, en el decir de Orgaz, “los mayores representantes de esta tesis en nuestro derecho”—⁵⁵ la necesidad de examinar el problema no desde la perspectiva de quien sufrió el daño, sino desde la del que lo causó.

No es posible obviar aquí la conocida afirmación de G. Ripert,⁵⁶ quien señala que “sería profundamente inmoral decir que aquel que ha sido herido en sus sentimientos se consolará del atentado gracias a la indemnización que habrá de recibir...”. “Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños y perjuicios no tienen aquí carácter resarcitorio, sino carácter ejemplar. Si hay delito penal la víctima pide que se agregue algo a una pena pública insuficiente o mal matizada; si no hay delito penal, la víctima denuncia al culpable que ha sabido deslizarse entre las mallas de la ley penal. Hay pena privada porque es preciso pronunciar la pena bajo color de reparación”.^{56 bis}

Refiriéndola especialmente a nuestro derecho, Orgaz dice que esta explicación “es simplemente fantástica; ninguna víctima pide aquello ni denuncia esto otro, sino que reclama o exige, como un derecho que le acuerda la ley, la reparación de su daño moral...”.⁵⁷

“Ninguno” como “todos”, son términos absolutos, y su utilización puede conducir a resultados excesivos. Admito, empero, que muchos de los afectados que reclaman la reparación del daño moral sufrido se atienen, efectivamente, a la comprensión que indica el prestigioso autor citado. Pero tales posturas individuales, por numerosas que fueren, no son las encargadas de establecer los alcances y el sentido de la ley. Esta es tarea reservada a los jueces y a la doctrina; y para definir el punto importan más otros factores —congruencia con la naturaleza del daño; sentido de su admisión en el ordenamiento positivo; etc.— que la concreta intención de uno o muchos damnificados.

Ya que estamos en esto, viene a cuento recordar, en punto a la tacha de inmoralidad que se asigna a la teoría resarcitoria, que algún autor ha sostenido que esta inmoralidad no se borra por el carácter de sanción ejemplar o pena

⁵⁵ Nota 3 del artículo publicado en ED, t. 79, p. 855 y ss.

⁵⁶ *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª ed., París, 1935, pp. 368/9, Nº 181.

^{56 bis} Además de DEMOGUE y RIPERT, comparten la teoría de la “sanción ejemplar” SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, 1939, Nos. 527/28, pp. 102/3; RIPERT, G.-BOULANGER, J., *Tratado de derecho civil*, trad. de D. García Daireaux, Buenos Aires, 1965, t. V, p. 94, Nº 998; LEGÓN, F., “Naturaleza, procedencia y mecanismo de la reparación del daño moral en el derecho argentino”, en JA, t. 52, p. 794, cap. III; SALAS, A. E., ob. cit., JA, 1942-III sec. doctr., p. 48, texto y nota 17; y —por supuesto— los ya citados LLABRÁS y CICHERO.

⁵⁷ ED, t. 79, p. 859, nota 17.

privada que tenga la entrega del dinero;⁵⁸ mas tal observación —como con acierto lo señala Llambías⁵⁹ y lo refirma Cichero—,⁶⁰ sólo sería exacta si esa fuera la mira de la ley, que no lo es ciertamente, ya que lo que a ella interesa es que, “sin mengua de la moral... no queden impunes las acciones humanas reprobables e injustas”. Esto no quita empero —y es aquí donde esta cuestión muestra con claridad mayor su parentesco con la que examiné antes— la eventual validez de la observación que formula Brebbia si, “*subjetivamente*, el damnificado espera confortar sus sentimientos heridos con el dinero recibido”.⁶¹

Una cosa, entonces, es el sentido de la ley, y otra —coincidente o no con él— el que cada interesado le asigne.^{61 bis}

IV

La tesis punitiva o de la sanción ejemplar ha sido criticada porque sus mentores —se dice— “eluden sistemáticamente examinar el problema ante los textos de nuestra ley”,⁶² los cuales, señalan, prestarían apoyo a la tesis resarcitoria.

Tráese así a colación una serie de preceptos legales en los que se habla de “reparación”, o “indemnización”, o “resarcimiento”, destacando que es “grave infidelidad de un intérprete” “sustituir términos de la ley por otros no sinónimos ni afines y, al contrario, muy distintos”. Mas advierto que la mayoría de estos artículos se refieren exclusivamente al daño material o, al menos, no hacen alusión específica al moral (arts. 1069, 1077, 1079, 1081, 1082, 1083, 1088, 1089, 1090, 1109, 1110 y 1121, Cód. Civil), aunque en algunos casos —arts. 1088, 1089 y 1090— según interpretación doctrinaria, lo comprendan. Y algún otro —art. 109, ley 2393— al referirse precisamente al daño moral y, en cuanto computa primariamente la conducta del cónyuge de mala fe, aparenta tener una finalidad represiva.

⁵⁸ BREBBIA, R., ob. cit. por LLAMBÍAS, J. J., en su Tratado. *Obligaciones*, t. I, p. 338, nota 14 bis. En la edición consultada por mí no encontré esta cita.

⁵⁹ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 338, nota 14 bis I.

⁶⁰ Trab. cit., ED, t. 66, p. 168, nota 43.

⁶¹ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 338, nota 14 bis I.

^{61 bis} Es posible que, en determinadas circunstancias, la reparación pecuniaria de una afrenta espiritual pueda no merecer la tacha de inmoralidad a la que hemos aludido reiteradamente (conf. voto del doctor Eduardo Vocos Conesa en la causa “Ledesma, Miguel José c. Banco de la Nación Argentina s/cobro de pesos”, resuelta el 1º de abril de 1977, donde cita en su apoyo a ÚRDANOZ, T., en la *Suma Teológica, Introducción la cuestión 73*, BAC, p. 608; conf. II-II a, q. 62, a. 2 ad 2). No me parece dudoso, de todos modos, que la solución propiciada por LLAMBÍAS, por cuya admisión me inclino, resulta, en el plano ético, mucho más valiosa.

⁶² ORGAZ, A., trabajo publicado en ED, t. 79, pp. 860/1, cap. V.

Cabría añadir que el defecto de sinonimia que se imputa resulta de valor relativo a poco que se advierta que el resarcimiento, cuando promedia dolo —única hipótesis en que el agravio moral resulta reparable, conforme al criterio aquí sustentado— tiene un especial tinte de “sanción”, al agravar la situación del deudor (arts. 520, 521, 902, 903, 904 y 905, Cód. Civil).

El planteamiento de la objeción hasta ahora examinada conduce fundamentalmente, en verdad, al análisis de los preceptos que, en el Código, se ocupan del agravio moral (arts. 522 y 1078, Cód. Civil).

Comenzando con el artículo 522 —incorporado por la reforma de 1968— he de poner de relieve que alude a la *condena del responsable* a la reparación del *agravio moral causado*. La expresión “condenar”, conjugada con el alcance que le asignamos al término “agravio” deja, *ab initio*, la idea de que nos hallamos en presencia de una sanción punitiva. Esta impresión primera se robustece a poco que se advierta que, en su parte final, el artículo 522 se refiere a “la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. El “hecho generador” es, indudablemente, el incumplimiento contractual; y su “índole” —habida cuenta de que la condena, en estos casos, tiene para el juez carácter facultativo (“el juez podrá...”)— se vincula con su naturaleza y gravedad, lo cual nos conduce a afirmar la necesidad de que el incumplimiento sea doloso.⁶³

Pero aparte de esto, la referencia a la “índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso” como notas relevantes que determinarán o no la procedencia de esta reparación, significa hacer hincapié en datos que, típicamente, sirven para elaborar una sanción justa.^{64 y 65} Lo cual importa tanto como decir que la cuestión ha sido regulada más en vista de la gravedad de la conducta obrada por el agente, que del daño sufrido por la víctima. Resultan congruentes con esta interpretación las afirmaciones de autores como Bustamante Alsina⁶⁶ que, a pesar de adherir a la tesis resarcitoria, admiten que difícilmente será acordada una reparación de este tipo cuando la conducta del incumpliente haya sido meramente culposa, no obstante que, de suyo, la entidad del “daño moral” sufrido por el acreedor no tiene necesariamente que ser menor en un incumplimiento culposo que en uno doloso (esta última apreciación es, obviamente, mía).

Lo expuesto hasta ahora —destaco particularmente la posibilidad de que quien haya sufrido efectivamente un daño moral quede sin reparación si lo

⁶³ Importa especialmente destacar que autores enrolados en la tesis resarcitoria admiten que, de hecho, los jueces, verosíblemente, sólo dispondrán la reparación del agravio moral en los supuestos de incumplimiento contractual doloso (BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., pp. 183/84, Nº 572).

⁶⁴ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 353, Nº 270 bis.

⁶⁵ Art. 41, Cód. Penal.

⁶⁶ Ob. cit., pp. 183/84, Nº 572.

aconsejan “la índole del hecho generador... y circunstancias del caso”— demuestra palmariamente que el problema ha sido enfocado en la ley desde el ángulo del autor del hecho (incumplimiento, en el caso), y no desde el de la víctima, extremo que abona la conclusión que asigna carácter punitivo a la reparación.

No hay motivo que induzca a pensar que el “daño” o “agravio” moral —según las posturas— contemplado en los artículos 522 y 1078 del Código Civil constituyan categorías diferentes. Por el contrario, debe estimarse que el concepto es idéntico.⁶⁷ Desde que el Código, a su vez, constituye un todo, que exige una interpretación orgánica o de conjunto, cabe aceptar —ante la ausencia de indicaciones precisas en el artículo 1078— que el criterio establecido en el artículo 522 (insertado en el Libro Segundo, Sección Primera, Parte Primera, que trata “De las obligaciones en general” y que, cardinalmente, precede al 1078) resulta trasladable a los hechos ilícitos, al menos en cuanto demostrativo de que el punto de mira está puesto en el victimario y no en la víctima y cumple, consiguientemente, función punitiva.

Creo, con todo, que esta conclusión nos deja a mitad de camino, y debe complementarse con la que, haciendo mérito de la “índole” de la conducta obrada (o “hecho generador”) reserva la pena para el que ha obrado “a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro” (art. 1072, Cód. Civil) o bien con el deliberado propósito de sustraerse al cumplimiento. Cobra vigencia aquí la distinción que, en el análisis de estos preceptos, formulaba Llambías entre “daño moral” y “agravio moral”, considerando a éste como especie de aquél, comprensivo sólo de la lesión intencionada.

De este modo llegase a la congruencia hermenéutica que imponen, por un lado, la naturaleza unitaria del bien protegido y, por otro, la convicción de que el problema debe examinarse principalmente desde la perspectiva del agresor.^{67 bis} No se me oculta que este punto de vista puede ser pasible de objeciones (perturba, por ejemplo, el “podrá” del artículo 522, ausente en el 1078). Mas es aquí donde cuadra hacer hincapié en el resultado de la interpretación —cuando ella es requerida— tema al que ya me referí antes, y sobre el cual volveré posteriormente.

También el artículo 1078, al señalar que la “acción... sólo competará al damnificado directo”, proporciona un argumento de primer orden para demostrar el carácter punitivo y no resarcitorio de la reparación, puesto que, obviamente, se adecua mejor a este último sistema que cada quien que haya sufrido

⁶⁷ CICHERO, N., ob. cit., ED, t. 66, p. 173, cap. XI.

^{67 bis} La situación de la víctima no es, desde luego, indiferente en forma total. Importa, por lo pronto, que haya sufrido una verdadera lesión espiritual; y esto sentado, no será infrecuente —aunque no exista necesidad lógica al respecto— que haya correspondencia entre la gravedad de la conducta obrada por el agresor y el daño moral sufrido por la víctima.

do una lesión espiritual quede legitimado para reclamar la indemnización correspondiente. Sobre este tema insistiré, asimismo, más adelante.

V

Recién nos referíamos al resultado de la interpretación como modo válido de definir la controversia.

Demostremos a continuación que con la tesis punitiva se obtienen resultados más valiosos que los que se derivan de la aplicación de la resarcitoria. Y en este ejercicio no tendremos inconveniente en “bajar de las alturas puramente teóricas donde —en el decir de Orgaz— se halla cómodamente instalada aquella tesis”.⁶⁸

Antes que nada insistiré en la apoyatura legal que la tesis punitiva tiene en los artículos 522 y 1078 del Código Civil; y recordaré que este último precepto, en su parte final, sólo legitima substancialmente para formular el reclamo “al damnificado directo”; y “si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima”, a “los herederos forzosos”.

En el plano de lo deseable, ¿cuál solución resulta preferible? ¿La que amplía la responsabilidad del autor, llevándolo a reparar el daño moral causado a cuantas personas hubieren sufrido un padecimiento de ese tipo, o la que limita el número de los legitimados?

Podemos —para responder a este interrogante en favor de la segunda postura— recordar la evolución operada en la jurisprudencia francesa, que tras haber sostenido un criterio amplio sobre este punto, le impuso posteriormente limitaciones de hecho, circunscribiendo el derecho para reclamar la reparación a los parientes consanguíneos, o bien por afinidad.⁶⁹

Los Mazeaud, que aluden a las consecuencias “insensatas” de la teoría,⁷⁰ dicen que el límite debe resultar de la exigencia “de un dolor real y suficientemente profundo”;⁷¹ mas piensan que sería preferible una regulación legislativa que en vez de señalar quiénes pueden iniciar la acción, determinara que ésta sólo puede ser intentada una sola vez.⁷²

Orgaz, por su parte, acepta que muchas otras personas, aparte de los parientes, puedan sufrir un dolor real y profundo por la muerte de la víctima (novios, amigos íntimos, socios, colegas, etc.); mas la multiplicación de los

⁶⁸ Trabajo publicado en ED, t. 79, p. 860, cap. V.

⁶⁹ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, pp. 341/2, nota 17.

⁷⁰ Ob. cit., t. I, vol. I, N° 324/2, p. 451.

⁷¹ Ob. cit., t. I, vol. I, N° 325/2, p. 459.

⁷² Ob. cit., t. I, vol. I, Nos. 324/2, p. 454.

damnificados “sería aniquiladora para el responsable, y excedería manifiestamente los propósitos de justicia que fundan la indemnización”.⁷³

Concluye, entonces, que sólo disponen de la acción la víctima y el tercero lesionado en sus “afecciones legítimas”, entendiendo por tales las que la ley recoge para establecer un vínculo o parentesco entre las personas unidas por tal sentimiento; y aun en este plano, con otras limitaciones.⁷⁴ Este autor señala, asimismo, que el mayor número de damnificados “obligaría a reducir el monto correspondiente a cada uno”.⁷⁵

Borda, por su parte, comentando nuestra ley reformada, señala que todos los herederos forzosos “tienen la acción, y si demandaran conjuntamente, la indemnización debe distribuirse entre ellos en proporción a sus respectivas porciones hereditarias. Más difícil es el supuesto de demandas escalonadas... Aunque esta manera de proceder *podría derivar en un aumento desmedido de la indemnización* a cargo del obligado (pues bien puede ocurrir que *el juez la fije* en el primer caso considerando que *ésa era la suma total que debía pagar* el deudor, ignorando que luego vendrían otros accionantes), no se ve forma de resolver el problema sino como lo ha hecho nuestra ley, es decir, dando acción a todos los herederos sin ninguna exclusión... Al demandado no le queda otro recurso que procurar informarse acerca de la existencia de otros herederos forzosos y poner de manifiesto su existencia *ante el juez a fin de que tenga en cuenta esa circunstancia al fijar la indemnización*. Es claro —continúa diciendo— que el recurso es deficiente, porque muchas veces el demandado no tendrá medio de saber si existen otros herederos forzosos”.⁷⁶

La opinión de Orgaz ha sido rebatida por Llambías —a mi juicio— con argumentos de gran fuerza persuasiva.⁷⁷

Por mi parte comienzo por recordar que en un esquema resarcitorio, donde el problema, naturalmente, se examina desde el ángulo del damnificado, lo razonable y lógico es que tengan derecho a la indemnización todos los que hayan padecido un daño moral. La sugerencia de que la ley señale que la acción sólo podrá intentarse una sola vez —preconizada, *de iure condendo*, por los Mazeaud— contradice gravemente el esquema resarcitorio y se aproxima, en cambio, a la tesis punitiva, en cuyo sistema una aplicación única de la pena agota el problema (*non bis in idem*).

En cuanto al punto de vista de Orgaz, paréceme claro que su interpretación de las “afecciones legítimas” a que aludía la parte final del viejo texto del artículo 1078 del Código Civil no se correspondía en absoluto con la reali-

⁷³ Ob. cit., en nota 1, Nº 68, p. 263.

⁷⁴ Ob. cit., pp. 272/75, Nos. 69 y 70.

⁷⁵ Ob. cit., p. 273, nota 30.

⁷⁶ *La reforma del Código Civil. Responsabilidad contractual*, ED, t. 29, p. 763 y ss., cap. III.

⁷⁷ Ob. cit., *Obligaciones*, t. I, pp. 342/3, nota 17.

dad ni con las indicaciones del buen sentido. ¿O por ventura no son merecedores de ese calificativo el amor de los novios, o los sentimientos provenientes de la amistad, la gratitud, etc.? Afecciones legítimas —dice Llambías en párrafo que suscribo con convicción— “son los afectos plausibles y dignos de protección, por oposición a los sentimientos disconformes con la moral”.⁷⁸

Al margen de este primer problema —acoto, sin embargo, que el nuevo texto del artículo 1078 no menciona ya las “afecciones legítimas”— vuelvo a señalar que el maestro cordobés entendía, asimismo, que el mayor número de damnificados “obligaría a reducir el monto correspondiente a cada uno”,⁷⁹ conclusión reñida ciertamente con los principios que gobiernan el tema resarcitorio, con arreglo a los cuales la indemnización debe corresponderse, en términos de estricta equivalencia, con la lesión sufrida.⁸⁰ Y no creo que este concepto resulte afectado por el eventual carácter satisfactorio que se asigne a la reparación, ya que también los goces espirituales que pueden obtenerse por medio del dinero deben guardar proporción con la entidad de la lesión espiritual padecida, si no quiere instaurarse un sistema de reparación máximamente arbitrario.

Borda, a su turno, afirma que cuando los herederos forzosos accionan conjuntamente “la indemnización debe repartirse entre ellos en proporción a sus respectivas porciones hereditarias”. ¿Y cómo así —me pregunta yo— si estamos en presencia de un derecho —salvo la hipótesis del artículo 1099 del Código Civil— que les corresponde a los herederos *iure proprio* y no *iure hereditatis*?⁸¹

De otros párrafos escritos por Borda, que he transcripto con anterioridad, resulta que si las demandas se deducen escalonadamente podría producirse “un aumento desmedido de la indemnización” por creer el juez, al fijarla por primera vez, “que ésa era la suma total que debía pagar el deudor”. Estas manifestaciones, y otras similares (el demandado tendría que informarse acerca de la existencia de otros herederos forzosos y ponerlo en conocimiento del juez para que éste valore “esa circunstancia al fijar la indemnización”), permiten afirmar que, para este autor, la entidad de la reparación puede alterarse en función de hechos contingentes, como los relatados.

⁷⁸ Ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 343, nota 17.

⁷⁹ Ob. cit., p. 273, nota 30.

⁸⁰ Ver nota 42.

⁸¹ Aun cuando, normalmente, de la paridad de vínculo pueden derivarse lesiones espirituales equivalentes (conf. CICHERO, N., trab. cit., pp. 181/82, cap. XVI), es claro que esto, a lo sumo, podría comportar una presunción *iuris tantum*, ya que la diversa fortaleza o sensibilidad, y aun grado de afecto —siempre posible— se traducirán en lesiones espirituales también diferentes. Para ejemplificar estas diversidades podemos contraponer, en caso de fallecimiento de un progenitor, la situación de una hija solterona que vivía con él, con la de otra hija que constituyó su propia familia y que, por hipótesis, hasta vive en un lugar distante; o la del hijo que tenía afinidad espiritual con el padre, con la de otro que se llevó siempre “a las patadas” con él, etc.

Dicho en buen romance, la reparación no se ajustará necesariamente a la entidad del daño concretamente sufrido por cada heredero —que puede ser variable, aunque la relación de parentesco sea idéntica— y sí se tendrá en cuenta, en cambio, el monto total de la condena que deba absorber el autor del hecho. ¿Es éste —me pregunto nuevamente— un sistema resarcitorio? Parece, en verdad, que no, ya que no contempla tanto el perjuicio sufrido por el damnificado, cuanto la suma total que deberá desembolsar el responsable.

Este breve examen de opiniones —la lista, indudablemente, podría ampliarse— revela hasta qué punto resulta insatisfactoria la tesis del resarcimiento; y de qué modo parece preferible un esquema punitivo, que se contenta con sancionar ejemplarmente, pero una sola vez, al autor de la conducta reprochable.

El límite impuesto por el artículo 1078 del Código Civil aproxima la solución legal al régimen de la pena.⁸² A ello cuadra añadir que ni este precepto, ni tampoco el artículo 522, contienen previsión alguna que se refiera a la entidad del daño moral sufrido, parámetro de interés primario para definir la cuantía de la reparación en cualquier sistema resarcitorio, inclusive si se pretende presentarlo bajo la faz de la función de “satisfacción” que también se asigna al dinero.

Acaso sean estas circunstancias las que han abierto cauce a una opinión doctrinaria ecléctica, que estima que en el daño moral se conjugan, coetáneamente, un aspecto resarcitorio y una función punitiva.⁸³

Mis estimados colegas de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, doctores Oscar Freire Romero y Eduardo Vocos Conesa —que disienten conmigo sobre estos puntos— cuando se han pronunciado acerca del tema pusieron especial cuidado en señalar que la reparación tenía carácter *principalmente* resarcitorio, lo que lleva implícito —según estimo— un reconocimiento de que también cumple función punitiva y de que por ello, en general, debe ser materia de consideración, también, la gravedad de la conducta obrada por el agente del daño.

VI

Examinando el tema de la valuación del daño, voy a demostrar seguidamente cómo, también bajo este aspecto, la tesis punitiva proporciona mejores soluciones.

⁸² Acoto que, muerto su causante, los herederos forzosos, que reclaman el perjuicio propio sufrido por ellos, son verdaderos damnificados directos y no indirectos.

⁸³ SANTOS BRIZ, J., ob. cit. en nota 1, pp. 139/40; MORELLO, A. M., “Carácter resarcitorio y punitivo del daño moral. En pro de una solución funcional”, en JA, t. 27 (1975), p. 342; BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1973, t. II, pp. 282/85,

Es conocida la crítica que señala el carácter absolutamente arbitrario que, en la teoría resarcitoria, tiene la estimación del perjuicio. Laurent —a quien se cita comúnmente para señalar que la circunstancia de que no pueda definirse con exactitud la cuantía de la reparación no puede conducir a su rechazo—,⁸⁴ sostiene que “si esta forma de reparación es arbitraria, ello es debido a que a veces la arbitrariedad está en la naturaleza de las cosas”.⁸⁵

Esta penuria de la tesis del resarcimiento halla lógica explicación en el hecho de que el dinero, por razón de diversidad de naturaleza, no es apto para valuar lesiones de carácter espiritual.⁸⁶ Los ejemplos que señalábamos antes (¿cuánto vale el dolor que provoca la muerte de una persona querida?, ¿cuánto el sentimiento de un cónyuge engañado?) revelan hasta qué punto resultan inconmensurables en dinero estas afecciones espirituales, aun bajo color de satisfacción.

No juzgo apropiadas las réplicas que intenta Orgaz en su trabajo tantas veces citado.⁸⁷ No se responde a una objeción, por lo pronto, señalando la eventual existencia de un error similar; que admito sólo por hipótesis, ya que la reparación prevista en el artículo 1088 del Código Civil resulta comprensiva no sólo del daño moral, sino también del material sufrido por la víctima. Y en cuanto a la afirmación de que “ningún juez ha encontrado nunca dificultad en fijar esa indemnización ni ha entendido que, al fijarla, incurría en arbitrariedad”, resulta excesiva por su extremada generalización; porque requerimientos del tipo de los previstos en el artículo 1088 del Código Civil son más que infrecuentes; y porque una vez planteados no dudo que a mí, y a otros muchos jueces, se nos suscitarían las dificultades que este autor niega.

Es cierto que también es complicado definir el monto de otros daños, como podría ocurrir con las lesiones físicas. Pero aquí se trata de situaciones que comportan —en la medida en que tienen repercusión económica— lesión patrimonial, susceptible, por ende, de evaluación dineraria. Podrá, en consecuencia, existir dificultad de hecho, mas no la imposibilidad lógica que supone utilizar categorías heterogéneas para medir en una la incidencia de otra (Los “tratamientos médicos, operaciones quirúrgicas, lecciones de idiomas, de ciencias, de artes, técnica...” a las que alude Orgaz tienen, indudablemente, un valor de mercado, que puede establecerse por diversos medios de prueba

297/99 y 302, Nos. 521, 530 y 531; voto del doctor Ideler Tonelli en la causa “Bagnaroli, Rubén Angel c. Estado Nacional”, resuelta por la Sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 27 de mayo de 1982, etc.

⁸⁴ *Principes de droit civil français*, 3ª ed., Bruxelles, París, 1878, p. 415, N° 395.

⁸⁵ Glosa de ROTMAN, RODOLFO B., quien en su trabajo “Valuación del daño moral por su costo de reversión”, publicado en LL del 21 de julio de 1981, al par que se pronuncia por el carácter resarcitorio de la reparación, indica que “se indemniza mal porque no se sabe cómo hacer para indemnizar adecuadamente...”, cap. II-B-7.

⁸⁶ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 331, N° 257; CICHERO, N., ob. cit., ED, t. 66, p. 167, cap. VIII.

⁸⁷ ED, t. 79, pp. 857/58, cap. III.

—pericias, confesión, informes, testigos, presunciones, etc.— y que muchas veces resulta de determinación sencilla). Es difícil saber, en efecto, cuánto cobra por una clase de idiomas una profesora de determinado nivel, o por una operación de apendicitis un cirujano de cierto prestigio).

La argumentación comparativa con la tasación de los servicios profesionales que ensayara este autor en otra oportunidad⁸⁸ tampoco conmueve el fundamento de la tesis punitiva. Aquellos argumentos, en cuanto enderezados a señalar similitud entre la estimación pecuniaria del *pretium doloris* y de la tasación de los servicios profesionales, fueron replicados por Llambías en forma convincente;⁸⁹ en tanto que Cichero, con criterio realista y de indudable sentido común, ha señalado que “el honorario del médico o del abogado no tiene carácter de compensación o de satisfacción”, sino que “constituye la retribución de un servicio y, por tanto, se rige por las reglas del contrato respectivo y las complementarias de los aranceles profesionales, sin que tal retribución signifique un menoscabo de los trabajos de la inteligencia”.⁹⁰

Esta tacha —diversamente de lo que se ha pretendido—⁹¹ no juega del mismo modo en la doctrina que asigna carácter punitivo a la reparación. Podrá —es cierto— ser más o menos difícil, según las circunstancias, graduar la medida de la pena. Pero esto es siempre factible, ya que no media aquí incongruencia entre el dinero y la pena, desde que entre éstas caben las sanciones de carácter pecuniario.⁹² Dicho de otro modo, puede pensarse una conducta objetable mediante la aplicación de una multa dineraria; mas no resulta factible —por su heterogeneidad— enjugar con dinero los padecimientos espirituales sufridos. Y aquella pena se graduará atendiendo, “como en todo sistema represivo, a la personalidad y circunstancias del delincuente, y a la gravedad de la falta cometida”, resultando particularmente computable la condición económica del obligado, pues ella permitirá valorar si la sanción impuesta cumple en medida adecuada su función punitiva y ejemplarizadora.⁹³

Con suma frecuencia se ha dicho en los fallos judiciales que el monto de la reparación del agravio moral debe guardar proporción con la importancia de los daños materiales.⁹⁴ Trátase de un error manifiesto, desde que son dos categorías distintas que no tienen por qué guardar correspondencia entre sí, al punto que de una conducta incriminable puede derivarse una sola clase

⁸⁸ Ob. cit. en nota 1, pp. 225/28, N° 56, ap. a).

⁸⁹ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 334, nota 8.

⁹⁰ Trabajo citado, ED, t. 66, cap. VIII, p. 169, texto y nota 47.

⁹¹ ORGAZ, A., ED, t. 79, p. 858.

⁹² Arts. 94, 99, 103, 108, 109, 110, 127 bis, 136, 155, 156, 159, 175, 203, 204, 206, 242, 247, 249, 252, 253, 254, 255, 270, 278, 278 bis, 281, 284, 286 y 290 Cód. Penal; y arts. 29, 45, 128, 130, 145, 399, 431, 436, 446, 528, 592, 594, 640 y 691 Cód. Procesal.

⁹³ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. I, pp. 342/44, N° 266, texto y notas 17 bis y 18.

⁹⁴ Ver, entre otros muchos, los fallos que cita J. J. LLAMBÍAS, en su Tratado. *Obligaciones*, t. I, p. 344, nota 20.

de esos daños, o bien ser inmenso el daño material e ínfimo el moral, y también a la inversa.

Este error —que es tal para cualquiera de las posturas enfrentadas— ha sido puesto de relieve por Orgaz⁹⁵ y por Llambías.⁹⁶ Con probidad intelectual, Cichero, en el trabajo citado,⁹⁷ adhiere a esta comprensión, rectificando el criterio expuesto como juez en diversos fallos.

Esta solución es, por otra parte, la que ha aplicado invariablemente la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que integro.⁹⁸

Alguna explicación ha de tener, empero, la significativa difusión de la errónea jurisprudencia a la que recién aludí. Y es muy verosímil que no sea otra que la invencible dificultad que existe para avaluar en dinero los sentimientos lastimados. El monto de los daños materiales —concreto y demostrable— cumple así una suerte de función de “cabo del cual asirse”, ante la ausencia de todo patrón coherente que sirva para definir la cuantía de aquella reparación.

Esta dificultad no se suscita en la teoría de la sanción ejemplar, ya que la gravedad de una conducta y las otras pautas a que cabe atender (personalidad y circunstancias del responsable, condición de fortuna, etc.) son perfectamente demostrables a través de los medios probatorios comunes. Si en algún caso la definición del punto resulta engorrosa será, seguramente, porque no se brindó al juez los medios necesarios para elaborar una decisión justa. Se tratará, en suma, de deficiencias de hecho (prueba), mas no de imposibilidad jurídica o lógica.

VII

En torno a la transmisibilidad de la acción reparatoria, puede afirmarse que “la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto” (art. 1099, Cód. Civil).

Prescindiendo del supuesto de homicidio, en el que la acción acordada a los herederos forzosos debe interpretarse que lo es *iure proprio* y no *iure here-*

⁹⁵ Ob. cit. en nota I, N° 68, p. 263.

⁹⁶ *Obligaciones*, t. I, N° 266, p. 344, texto y nota 20.

⁹⁷ ED, t. 66, p. 177, cap. XIII.

⁹⁸ Ver causas 4959 del 6/5/77; 6498 del 4/4/78; 7555 del 23/3/79; 5934 del 11/5/79; 6888 del 19/2/80; 8958 del 25/7/80; 317 del 24/3/81; 391 del 2/6/81, etc. Ver asimismo Sala 1ª, causas 5987 del 23/6/77; 7650 del 21/7/78; 8687 del 24/7/79; 145 del 27/2/81; 689 del 30/9/81; Sala 3ª, causas 243 del 20/4/81; 327 del 7/5/81; 869 del 29/12/81; 898 y 959 del 19/2/82, etc.

ditatis, puesto que está referida a la lesión espiritual sufrida por ellos y no por su causante,⁹⁹ es claro que los sucesores carecen de acción para reclamar la reparación del agravio moral sufrido por su causahabiente, salvo en el supuesto de excepción que prevé la parte final del artículo 1099.

Esta intransmisibilidad presenta, en la tesis resarcitoria, dificultades para su justificación.¹⁰⁰ Se explica bien, en cambio, si interpretamos que se trata de una pena privada, ya que es propio que en este esquema sólo al damnificado compete decidir sobre el ejercicio de la acción, la que será transmisible únicamente si él, en vida, hizo uso del derecho de demandar.¹⁰¹

La posibilidad de transmisión pasiva de esta obligación está controvertida.¹⁰² La ley no define el punto expresamente, por donde las consecuencias imputadas bajo este aspecto derivan, lisa y llanamente, de la posición que acerca del carácter de la acción sustentan los autores.

Desde el esquema en que nos hallamos ubicados, es claro que el derecho a la imposición de la pena se extingue con la muerte del autor del daño.¹⁰³ En la postura contraria la solución será, obviamente, diversa.¹⁰⁴ Y ni una ni otra, frente al silencio de la ley, pueden llevar agua para su molino, fuera de la que deriva de la fuerza de convicción que exhiban los argumentos en mérito a los cuales se haya optado por la tesis punitiva o resarcitoria.

Un poco distinta es la cuestión que plantea la inteligencia del artículo 1113 del Código Civil en torno al alcance de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. La ley ha querido, bajo este aspecto, que el

⁹⁹ LLAMBÍAS J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 353, Nº 270 bis; SALAS, A. E., JA, Doctrina, 1969, p. 420 y ss., en especial p. 427, Nº 29, TRIGO REPRESAS, F. A., *Examen y crítica de la reforma del Código Civil. Obligaciones. Resarcimiento de los daños causados por los actos ilícitos*, La Plata, 1971, t. 2, p. 172; CICHERO, N., ob. cit., cap. XV; voto del doctor Agustín Durañona y Vedia en el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa "Lanzillo, José A. c. Fernández Narvaja, Claudio A.", registrado en JA, 1977-II-229 y ss.; comp. BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., p. 185, Nº 576, etc.

La situación tiene notoria similitud con la que —con referencia también al delito de homicidio— se plantea respecto de la indemnización del que —por licencia de lenguaje— se ha dado en llamar "valor vida" (que no es, en verdad, sino el daño que sufren los legitimados para pedir resarcimiento a raíz de la muerte de otra persona). En esta *vexata quaestio* ha prevalecido la opinión de quienes entienden que la acción otorgada lo es a título propio y no en calidad de herederos (conf. fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictado el 30 de junio ppdo. en los autos "Ríos, Cirila c. E. F. A. s/sumario").

¹⁰⁰ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 345, Nº 267.

¹⁰¹ LLAMBÍAS, J. J., loc. cit. en nota anterior.

¹⁰² ORGAZ, A., ob. cit. en nota 1, p. 231, Nº 57; LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 346, Nº 269, ap. a).

¹⁰³ LLAMBÍAS, J. J., loc. cit.

¹⁰⁴ ORGAZ, A., ob. cit. en nota 1, p. 231, Nº 57, y su nota en ED, t. 79, pp. 860/1, cap. V, ap. c).

principal cubra la totalidad del daño causado por el dependiente; mas ello carece de entidad para mudar la naturaleza de la reparación del agravio moral (así resulta de la circunstancia de estar incluido el tema sólo implícitamente y fuera de su contexto propio), máxime si se atiende a que se trata de una solución provisional, en la medida en que el artículo 1123 del Código Civil otorga al principal la correspondiente acción recursoria.

El carácter reflejo de la responsabilidad del principal resulta suficientemente indicativo, por lo demás, de que el asunto debe ser considerado —en lo que ahora interesa, a los fines de definir el tema del agravio moral— desde el ángulo de la conducta obrada por el dependiente.

No creo, en suma, que esta objeción afecte en lo más mínimo el fundamento de la teoría punitiva o de la sanción ejemplar.

VIII

La suma fijada en concepto de reparación del agravio moral se incorpora al patrimonio del afectado. Es ésta una solución que no parece compadecerse con la tesis punitiva, según cuyo enfoque lo razonable sería que esta suma fuera destinada al Estado o a alguna institución de bien público.

Esta objeción campea frecuentemente en el discurso de los contradictores de este punto de vista (y a veces también en el de algún autor que lo comparte, pero sólo *de iure condendo*)¹⁰⁵ mas no parece decisiva.

Trátase —se ha dicho— “de un resabio de tiempos antiguos en que regía la ley del *wergeld*, y que está llamado a desaparecer con la evolución del derecho, cuando se afirme una conciencia social más delicada...”. No constituye, desde ya, un “sistema ideal”, subsistiendo, simplemente, “en una etapa de transición, cuyo fin estará más próximo cuando se haga carne en nosotros el significado simbólico que debe tener para el ofendido la reparación del agravio moral”.¹⁰⁶

En sentido concordante, afirma Cichero¹⁰⁷ que es “una consecuencia secundaria o mediata del sistema, que el legislador puede corregir dando otro destino al importe de la pena, por ejemplo, a una institución benéfica o al Estado”. Y no es esto, por cierto, una mera utopía, ya que esta posibilidad,

¹⁰⁵ Voto del doctor Francisco A. Vocos en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil registrado en JA, 1977-II-229 y ss.

¹⁰⁶ LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. I, pp. 338/9, nota 14 bis.

¹⁰⁷ Trabajo citado, ED, t. 66, cap. X, p. 172.

al menos como alternativa, aparece contemplada en el artículo 166 del Código polaco de las obligaciones.¹⁰⁸

Cuadra advertir, por otra parte, que no son infrecuentes en la ley desajustes de la naturaleza del apuntado. Cichero recuerda el caso de las "astreintes" —cuyo carácter conminatorio sugeriría un destino fiscal o de beneficencia— y de las multas procesales (arts. 666 bis, Cód. Civil, y 37, 45, 551, 594, etc., Cód. Procesal) —de carácter netamente represivo— que benefician a la contraparte.¹⁰⁹ Anomalías de esta especie se explican, a veces, por motivaciones de orden práctico, como la que ha llevado a pensar que un destino distinto de las "astreintes" frustraría su utilidad, bien porque el vencedor carecería de incentivo para solicitar su aplicación, o porque se prestaría a componendas que afectarían los derechos reconocidos, por ejemplo, a una institución de beneficencia.¹¹⁰

La particularidad que exhibe actualmente, en nuestro derecho, el destino de la suma acordada para reparar el daño moral no tiene entidad, por consiguiente, para afectar su verdadera índole.

IX

Antes de concluir con este examen —que me ha sido útil para ratificarme en mis convicciones— quiero recordar que la tesis punitiva, tan lúcidamente defendida por Llambías y Cichero, cuenta en la jurisprudencia de la Capital Federal, con bastante apoyo.¹¹¹

¹⁰⁸ En caso de muerte de la víctima como consecuencia de lesión corporal o perturbaciones de la salud, el tribunal puede asignar una suma conveniente a los miembros más próximos de la familia del difunto o a la institución por ellos designada, a título de satisfacción, por el perjuicio moral sufrido. (Texto del citado precepto que transcribe LLAMBIÁS en su Tratado, *Obligaciones*, t. I, p. 349, nota 29 bis).

¹⁰⁹ Trabajo citado, ED, t. 66, p. 172, cap. X, texto y nota 58.

¹¹⁰ LLAMBIÁS, J. J., ob. cit., *Obligaciones*, t. I, p. 110, N° 88 bis.

¹¹¹ Cám. Nac. Civil, Sala A, LL, t. 93, p. 504; t. 93, p. 372; t. 138, p. 403; t. 142, p. 593, sum. 26.202; t. 1975-A-p. 871, secc. jurisprud. agrup., caso 859; t. 1975-A-p. 311; t. 1976-B-p. 269; t. 1977-C-p. 651, sum. 34.266; t. 1977-D-p. 692, sum. 34.373; t. 1978-A-p. 639, secc. jurisprud. agrup., caso 2674; t. 1978-A-p. 638; t. 1978-C-p. 307; t. 1978-C-p. 675, secc. jurisprud. agrup., caso 3227; t. 1978-C-p. 363; t. 1978 D-p. 78; t. 1978 D-p. 849, secc. jurisprud. agrup., caso 3341; t. 1978-D-p. 94; t. 1980-D-p. 764, sum. 35.713; ED, t. 57, p. 251; t. 58, p. 282; t. 61, p. 317; t. 61, p. 292; t. 64, p. 129; t. 66, p. 181; t. 66, p. 154; t. 68, p. 215; t. 79, p. 317; t. 81, p. 446; t. 88, p. 423; t. 90, p. 503; JA, 1980-IV-p. 382; causa L. 230.346 del 13/5/82, etc.; Sala B, ED, t. 59, p. 129 (con matices); Sala C, LL, t. 80, p. 482; t. 136, p. 1072, sum. 22.166; t. 137, p. 720; Sala D, LL, t. 102, p. 339; t. 108, p. 140; t. 113, p. 41; t. 117, p. 563; t. 119, p. 248; t. 138, p. 945, sum. 23.665; t. 156, p. 786, sum. 31.538; t. 1976-B-p. 432, sum. 33.491; ED, t. 41, p. 381; t. 43, p. 740; t. 52, p. 297; t. 54, p. 497; t. 57, p. 193; t. 58, p. 652; t. 65, p. 393; t. 67, p. 257; t. 81, p. 581; t. 84, p. 729; t. 86, p. 822; t. 92, p. 605; JA, t. 1965-IV-p. 264; t. 1979-III-p. 62; t. 1980-II-p. 692; causa L. 272.226 del 8/10/81, etc.; Sala E, LL, t. 134, p. 1043, sum. 20.068; t. 154, p. 236; t. 156, p. 867, sum. 31.976; JA, 1973-20-p. 249 y 294; Sala F, LL, t. 1975-A-p. 876, secc. jurisprud. agrup., caso 878; t. 1976-B-p. 103; t. 1977-A-p. 116; t. 1978-A-p. 354; t. 1978-A-p. 215; t. 1978-B-p. 585; t. 1978-C-p. 680, secc. jurisprud. agrup., caso 3283; ED, t. 56, p. 451; t. 56, p. 550; t. 58, p. 280; t. 69, p. 377; Cám. Nac. de Com., Sala A, causa "Marincei, Norberto María c. Cía.

Deseo poner en evidencia, la praxis, asimismo, que cuando la ley se despreocupa de los aspectos éticos, la praxis lleva a extremos lamentables.¹¹²

Tengo conciencia, en fin, de haber abordado el estudio de un problema que justifica la existencia de opiniones encontradas. Me he atenido a la interpretación que, a mi juicio, respeta la naturaleza del resarcimiento —que debe quedar confinado en la esfera del derecho patrimonial— y se conforma mejor con la regla moral.

GUILLERMO R. QUINTANA TERÁN

de Transportes R. de la Plata, resuelta el 15/12/77; Cám. Esp. Civ. y Com., Sala 1ª, JA, t. 1980-III-p. 45 del índice, sum. 8; Digesto Jurídico LL, t. III (2), p. 1178/9, sum. 3968 q; causas 62.869 del 1/3/79 y 67.006 del 9/3/82; Sala III, JA, t. 1978-II-p. 484; Digesto Jurídico LL, t. III (2), p. 1178, sum. 2968 I y 3968 II; ED, t. 85, p. 784; y causa 64.643 del 8/2/78; Cám. Civ. 1ª La Plata, Sala 1ª, LL, t. 151, p. 635; Cám. Civ. y Com. 3ª Córdoba, JA, 1976-II-p. 96, etc.

Es ésta la postura que —en minoría, por lo común— he sostenido permanentemente (ver notas 39 y 40), y que, también en disidencia, sostienen otros jueces en tribunales donde la doctrina opuesta hace mayoría (tal el caso, por ejemplo, del doctor Durañona y Vedia y del doctor Fernández del Casal en las salas C y G, respectivamente, de la Cámara Civil, cuyo punto de vista aparece expresado, v. gr., en sus votos en la causa registrada en ED, t. 81, p. 580, y en la de la Sala G que lleva el número L. 280.405, resuelta el 19/5/82).

Quiero destacar, por último, que entre los jueces que han compartido esta interpretación están —además de los doctores Cichero y Llambías— otros de significativa relevancia, como los doctores Miguel Sánchez de Bustamante, Rodolfo de Abelleyra, Mario Calatayud, Jorge Garzón Maceda, Agustín Villar, etc.

¹¹² Son particularmente significativos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia extranjera. Así, por caso, el de la princesa de Broglie —que recuerda LALOU— a quien se le otorgó una reparación de este tipo en razón de haberse visto privada, durante cierto lapso, de usar vestidos escotados en reuniones sociales; o el que cita DEMOLOMBE del marido engañado que demanda por indemnización del daño moral y, una vez conseguido, vuelve a reunirse con su cónyuge; o el de otro esposo que reclamó indemnización fundado en que descubrió que su esposa se encontraba grávida por obra de un tercero —Corte de Venecia, Legge, 1892—; o el de la mujer que se niega a cumplir con el débito conyugal y su cónyuge pide dinero por daño moral (Dalloz, 1899, 2, p. 53; ídem, 1904, 2, p. 186) (OVEJERO, D., *El daño civil y su reparación*, JA, t. 53, sec. doctr., p. 65 y ss., en especial p. 70 de quien he tomado la mayoría de estos ejemplos, continúa diciendo: "No debe olvidarse que las leyes influyen en las costumbres y hasta crean un ambiente moral. Se acojan o no por los tribunales demandas como las que acabamos de recordar... es preferible prevenirlas proscribiendo de los códigos el principio o sistema que las hace posibles. De sobra imperfecta y miserable es la condición humana para que sea conveniente brindarle oportunidades de mostrarse al desnudo").

También entre nosotros hasta el más mínimo incumplimiento contractual —traducido a veces, meramente, en el retardo en la percepción de una suma de dinero— da lugar a reclamos de esta especie, como a diario lo comprobamos los jueces. En la Cámara Civil y Comercial Federal que integro se han dado, últimamente, casos como éstos: a) reclamo de daño moral fundado en la pérdida de confianza en una entidad pública (Caja Nacional de Ahorro y Seguro) y perturbación creada por la necesidad de promover un juicio para obtener el pago de una indemnización a la que tenía derecho (Sala 1ª, causa 193 de julio 27-1981); b) frustración de un viaje a Europa como consecuencia del reajuste de paridad peso-dólar para el pago de los pasajes, originado en la circular N° 539 del Banco Central de la República Argentina (Sala 1ª, causa 799 de febrero 16-1982); c) mayor desembolso de dinero que —en supuestos análogos al anterior— requirió la realización del viaje (Sala 2ª, causa 6772 de abril 4-1978. Ver, asimismo, causa 5784 de abril 28-1978; 6664 de marzo 20-1979; 8752 de junio 19-1980, etc.), o bien demora en efectuarlo o incertidumbre acerca de si podría concretarse (Sala 2, causa 8075 de julio 4-1980); d) extravío de una valija que contenía ropa (Sala 2ª, causa 8056 de octubre 24-1980); e) subasta errónea por la aseguradora —como rezago— de un automóvil siniestrado (sala 2ª, causa 5144 de setiembre 6-1977); f) privación del uso de una embarcación de recreo (Sala 2ª, causa 5105 de diciembre 28-1979), etc.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y, EN ESPECIAL, DEL ESTADO

I. *Introducción*

En el Derecho Civil contemporáneo, el tema de la responsabilidad configura uno de los campos que, con mayor intensidad, reclaman el interés de los estudiosos y, dentro de ese ámbito, el caso particular de las personas jurídicas y el más especial aún del Estado, presentan notas relevantes que justifican nuevas reflexiones a su respecto.

Esta consideración sería aplicable al tema en un tratamiento puramente doctrinario, pero estimamos que adquiere mayor valor en nuestro país, por las circunstancias vinculadas con la evolución de nuestra legislación positiva, que dio motivo a la reforma, por la Ley 17.711, del artículo 43 del Código Civil, una de las normas fundamentales en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas.

La modificación debe ser calificada de substancial e introdujo un primer elemento digno de análisis; la analizaremos dentro del primer acápite de este trabajo por cuanto su generalidad hace que sea comprensivo del caso del Estado, especie dentro del género de las personas jurídicas.

Y, precisamente, la responsabilidad civil del Estado será tratada en el acápite posterior.

Para poder ajustar este trabajo a lo previsto en materia de extensión, hemos de omitir toda exposición referida a la responsabilidad civil en general, sus lineamientos fundamentales, las clasificaciones que se han elaborado con el fin de sistematizar la cuestión, los fundamentos enunciados como justificativos del deber de reparar daños y otros tópicos de esta índole.

II. *La responsabilidad civil de las personas jurídicas*

Si la determinación de las reglas destinadas a regir la responsabilidad civil ha dado motivo a numerosas investigaciones, que han llevado a posiciones muy variadas, la naturaleza particular de las personas jurídicas ha agregado una nota de mayor complejidad con la consiguiente intensificación de la dificultad inherente al problema en general.

Es sabida la distinción admitida, en materia de responsabilidad, entre las consecuencias que pueden originar los hechos voluntarios y los involuntarios

en lo relativo a la reparación de daños y es suficiente esta sola reflexión para apreciar la complicación emergente de las características de las personas jurídicas.

En rigor, parece imprescindible comenzar la consideración del problema que se plantea en este terreno por una reflexión vinculada con la capacidad de derecho de aquéllas.

Se aprecia de inmediato que existe una clara distinción entre una y otra especie de sujetos de derecho, ya que los seres humanos, por el solo hecho de serlo, revisten la calidad de personas, seres trascendentes y libres y gozan, por ello, de una capacidad de derecho plena, únicamente restringida por las incapacidades o inhabilidades que la ley les impone en situaciones particulares, como medio para prevenir conflictos de intereses en que resulte lesionada la parte más débil de una relación jurídica o por razones fundadas en la necesidad de preservar los grandes valores sociales, como la moral y las buenas costumbres y el orden público.

La capacidad de derecho de las personas jurídicas es substancialmente distinta, ya que sólo alcanza los límites que haya determinado el respectivo acto creador. Siempre se trata, pues, de una capacidad de derecho limitada, por aplicación del principio de la especialidad¹.

Y creemos que en esta característica reside el meollo de la consideración de su responsabilidad.

En efecto, las personas jurídicas —cualquiera sea la posición que se adopte a su respecto, desde la aceptación de la teoría de la ficción hasta la de la realidad—, siempre son creaciones del hombre y nacen para cumplir finalidades de bien común.

Esta afirmación es válida en todos los supuestos, aun cuando haya personas jurídicas —como el Estado— cuyo origen es más natural o espontáneo que otras, pero todas, en definitiva, nacen por la acción voluntaria o subconsciente de los hombres y con objetos y fines determinados.

Como estos fines sólo pueden ser bien común, la capacidad de derecho de las personas jurídicas únicamente puede extenderse, en principio, hasta los límites que marquen la licitud de sus actividades.

Esto conduce, por ejemplo, a comprender que estas entidades no pueden llevar a cabo hechos ilícitos dolosos, al menos en principio, lo cual implica una situación particular en materia de responsabilidad civil.

Pero, ello no significa que su obrar no pueda ocasionar perjuicios que deban ser reparados sobre una base de estricta justicia, lo que plantea, precisamente, el meollo de la cuestión que nos ocupa.

¹ Ver LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot, 1964, t. II, núm. 1130, p. 59; SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Tea, 1964 (actualizada por LÓPEZ OLACIREGUI, J. M.), t. I, núm. 1228, p. 973; BUSO, E., *Código Civil Anotado*, Ediar, 1944, t. I, p. 310, núm. 13; LAVALLE COBO J., en *Código Civil...*, dirigido por BELLUSCIO, A., t. I, p. 171.

Para resolverla, deben conjugarse, por ende, varios aspectos a veces difíciles de conciliar entre sí.

Entre ellos, ocupa lugar preponderante una exigencia impuesta por la fuerza incontrastable de los hechos; las personas jurídicas, sin que esto implique negar su realidad como sujetos de derecho, sólo pueden obrar materialmente a través de personas físicas y el accionar de éstas, precisamente, es susceptible de producir perjuicios que deban ser indemnizados.

No es necesario profundizar mucho el tema para comprender que tales seres humanos pueden, efectivamente, causar daños al realizar hechos o actos por cuenta de la persona jurídica, la cual, a su vez, puede, como consecuencia de ese obrar dañoso, verse enfrentada con reclamos de los damnificados.

Y ello, a pesar de lo que hemos señalado respecto de las finalidades de la persona jurídica y la incuestionable limitación de su capacidad de derecho.

Puede, por ello, elaborarse un cuadro muy general, que muestra, como elementos que deben ser tomados en cuenta: la capacidad de derecho limitada por el principio de la especialidad y la finalidad de bien común propia de las personas jurídicas, su necesidad de obrar a través de personas físicas, la posibilidad que la acción de éstas crea de producir daños que no sería justo dejar sin reparación y la diferente situación en que, con respecto a aquéllas, puedan encontrarse estos seres humanos, los cuales pueden ser directivos, administradores, representantes o dependientes suyos.

La consideración de estos diversos aspectos y la solución adecuada de la relación entre ellos es imprescindible para estructurar un sistema de responsabilidad razonable y justo.

En un intento por actualizar ideas muchas veces expuestas por estudiosos de alta jerarquía y de poner de manifiesto la posición que sostenemos en la materia, hemos de formular algunas reflexiones, para lo cual comenzamos por un plano general y, por consiguiente, muy elemental.

A tal fin, recordamos que también desde el punto de vista de la responsabilidad, tiene importancia la opción por la teoría de la ficción o la de la realidad.

La primera, desarrollada por Savigny y cuya influencia en el pensamiento de Vélez Sársfield no cabe descartar, ha sido superada por las elaboraciones posteriores, pero, en lo atinente a la responsabilidad, ha dejado huella profunda.

En efecto, valiosos juristas han desechado la teoría de la ficción, pero han tenido buen cuidado de afirmar, con total justeza, que siempre las personas jurídicas son creaciones humanas y que no responden a los atributos específicos de las personas físicas, sino en aspectos abstractos de valor exclusivamente jurídico.²

² Ver LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. II, núm. 1137, p. 66; LAVALLE COBO, J., ob. cit. t. I, pp. 214 y 218.

Quizás estas afirmaciones, correctas, hayan servido para prolongar la vigencia de las soluciones que, respecto de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, fluyen de la aplicación estricta de las consecuencias de explicarlas mediante la teoría de la ficción.

En efecto, la teoría de la representación resulta consecuencia lógica de la construcción de Savigny.

Si las personas morales son sujetos de derecho de origen ficticio, que únicamente adquieren existencia a través del acto administrativo que les acuerda personalidad jurídica, es evidente que los seres humanos que las gobiernan y obran en su nombre y por su cuenta en la vida de relación, sólo pueden tener calidad de representantes.

Para los partidarios de la ficción, esas entidades carecen de voluntad jurídica propia y requieren, al igual que las personas físicas carentes de voluntad jurídicamente válida, la presencia de representantes que obren por ellas y cuyos actos produzcan sus consecuencias en la esfera jurídica de la entidad.

Porque son sujetos de derecho y carecen de voluntad jurídica propia, sólo pueden hacer efectiva la aptitud resultante de su capacidad a través de representantes.

Y éstos, lógicamente, sólo pueden obrar dentro de los límites establecidos por la especialidad del ente.

Frente a este enfoque, es también evidente que la afirmación de la realidad de las personas jurídicas, sin que esto signifique pretender su equiparación total con las físicas, conduce a la opción por la teoría del órgano, que en materia de responsabilidad civil produce consecuencias diferentes de las antes enunciadas.

En efecto, para la teoría del órgano, las personas jurídicas cuentan una voluntad jurídica propia, diversa de la de sus integrantes, pero tan eficaz, en cuanto a su valor jurídico, como la de las personas físicas.

Se admite, así, la presencia de un esquema institucional que produce la consecuencia de asignar a quienes ejercen funciones de administración en una entidad, el carácter de verdaderos órganos integrados en el ente y originados por la constitución y organización del mismo.

Si se la lleva hasta sus últimas consecuencias, esta posición concluye en la equiparación entre las personas físicas y jurídicas, equiparación que juzgamos excesiva.

Sin que esto implique dejar de lado la realidad de las personas jurídicas, negamos tal equiparación total, por entender que ella contraría datos incontrastables de la realidad.

Bien está reconocer que hay una voluntad jurídica propia de la entidad y que ésta mantiene con sus administradores una relación diferente de la repre-

sentación, ya que no reside en una vinculación de tipo externo, sino en un lazo interno producido por su carácter institucional y que se forma como consecuencia de la organización de aquélla, pero de ahí no resulta la pretendida igualdad plena entre sujetos de derecho de muy distinta esencia.

Creemos que, frente a este tema, adquiere relevancia lo antes señalado respecto al diferente origen de la capacidad de derecho de las personas físicas y jurídicas y la limitación inherente a la naturaleza específica de estas últimas.

Es evidente que, para tener vida jurídica, las personas morales requieren el reconocimiento de su voluntad jurídica, pero este reconocimiento no implica que se les pueda imputar, por ejemplo, una intención dolosa, que sin duda puede existir en los seres humanos.

Con estos lineamientos generales y si se sistematiza el tema sobre la base de la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, puede conformarse el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas del modo que a continuación exponemos.

Corresponde situar en el primer campo todo problema de tipo resarcitorio originado por la realización de hechos lícitos, pero en los cuales la entidad ha incurrido en algún incumplimiento de sus obligaciones, que haga nacer a favor del perjudicado por esa inejecución un derecho a la reparación de los daños que eso le haya originado.

En el segundo sector, cabe situar a las hipótesis en que debe indemnizarse como consecuencia de la realización de hechos ilícitos y, entre éstos, cabe distinguir entre los delitos y los cuasidelitos.

Efectuada esta división, corresponde afirmar que, en el ámbito contractual, no hay razón alguna que justifique negar la procedencia de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Sin embargo, existe un aspecto que estimamos que merece alguna reflexión: esa responsabilidad de las personas jurídicas está originada por la actuación de sus órganos —en la teoría más avanzada y correcta—, los cuales, como consecuencia de la estructura institucional de aquéllas, obran por y para ellas.

Ahora bien, el obrar de estos órganos tiene un campo de acción limitado, determinado por el acto creador de la persona jurídica en cuestión y parece lógico extraer de esto una conclusión no siempre admitida: los órganos de la persona jurídica, por su carácter institucional, únicamente pueden obrar dentro del ámbito delimitado por aquél.

Aquí se pone de manifiesto la importancia de la diferencia que antes señalamos entre las personas físicas y las jurídicas.

En rigor, todo aquel que concreta una relación convencional con una persona jurídica debe, para no incurrir en negligencia, comprobar que el acto que haga nacer una obligación o gravamen a cargo de la entidad esté comprendido dentro de la esfera de acción de ésta.

Evidentemente, lo dicho constituye una reflexión muy elemental, pero creemos oportuno enunciarla por cuanto marca una diferencia que, en lo atinente al régimen de su responsabilidad contractual, aparece patente entre las personas físicas y las jurídicas.

En el plano de la responsabilidad extracontractual, se presentan aspectos más complejos, ya que allí incide más intensamente la limitación de la capacidad de derecho de las personas jurídicas y se plantea, de modo más agudo, la cuestión de su voluntad y de la consiguiente imputabilidad que quepa atribuirles respecto a los actos que perjudiquen a otras personas³.

En este terreno, se aprecia muy claramente la distinta conclusión a que se llega según se opte por la aplicación de la teoría de la representación o la del órgano.

Para la primera, las personas jurídicas, por carecer de voluntad, no podrían realizar actos ilícitos, ya que no tendrían aptitud para obrar dolosa ni culpablemente, a lo que debe agregarse el argumento referido al principio de especialidad, limitativo de su capacidad de derecho.

La ausencia de voluntad psicológica válida desde el punto de vista jurídico las asimila a la situación de los incapaces absolutos de hecho y exige, por ello, proveerles de una representación que supla su insuficiencia, de lo cual brota, como natural consecuencia, que serían totalmente inimputables por no tener ni la voluntad de hecho ni la capacidad de derecho necesarias para configurar un hecho ilícito.

La calificación de representantes asignada a sus administradores robustece lo afirmado por esta línea de pensamiento, ya que, en tal carácter, aquéllos no estarían habilitados para exceder los límites de la representación conferida y ésta, sin duda, no comprendería la realización de hechos ilícitos.

Coherente en su formulación, esta tesis conduce, sin embargo, a resultados notoriamente injustos.

No es de extrañar, por ello, que aun autores que la comparten en sus lineamientos fundamentales,⁴ hayan procurado flexibilizarla para permitir el funcionamiento de algunos casos de responsabilidad, como los que se originan por vía indirecta, por causa de las cosas de que se sirven o tienen a su cuidado o de hechos de los dependientes de la entidad, supuesto muchas veces reiterado en la vida cotidiana, como accidentes de tránsito producidos por culpa de conductores que repartían, por ejemplo, mercancías elaboradas por una persona jurídica, para la cual se desempeñaban en relación de dependencia.

Juzgamos insuficientes estos medios tendientes a mejorar las consecuencias de la aplicación de la tesis de la representación, pero creemos oportuno recordarlos para demostrar los defectos verdaderamente graves de la explicación que procura salvar esa añeja construcción.

³ Ver LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. II, núm. 1148, p. 72; SALVAT, R., ob. cit., t. I, núm. 1246, p. 983; LAVALLE COBO, J., ob. cit., t. I, p. 215.

⁴ Ver SALVAT, R., ob. cit., t. I, núm. 1254, p. 989.

La opción por la teoría del órgano varía substancialmente la situación, aun cuando, con mayor claridad que en el plano de la responsabilidad contractual, sea dable observar la diferencia esencial existente entre las personas jurídicas y las físicas.

Básicamente, fluyen consecuencias lógicas de la afirmación de la realidad de las primeras, aun cuando ello no signifique asimilación completa con los seres humanos.

En efecto, si se admite la realidad de las personas jurídicas, es preciso aceptar también que, al actuar como sujetos de derecho en la vida jurídica, pueden ocasionar daños y que resulta injusto que, en tales supuestos, aparezcan revestidas de una protección exorbitante, como la que resulta de la negación total de su responsabilidad.

No es imprescindible que el sujeto responsable sea poseedor de una voluntad psicológica que le permita obrar con negligencia o mala intención, sino que debe contemplarse el problema desde el otro punto de vista, el del damnificado al que se privaría de una reparación equitativa de los perjuicios que hubiera sufrido.

Para incurrir en culpa civil, no es necesaria, en verdad, la voluntad del sujeto, ya que no se trata de una culpa de tipo moral, como bien lo señalan los Mazeaud.⁵

A qué factor de atribución de responsabilidad corresponde acudir, es tema que ha dado lugar a soluciones diversas: ciertos autores⁶ han optado por el riesgo, a veces como riesgo creado, pero más generalmente sobre la base del provecho que obtiene la entidad de la actividad que originó el daño; otros prefieren apoyarse en la garantía,⁷ mientras que algunos no trepidan en mantener a la culpa como fundamento del resarcimiento por entender que incurre en ella quien obra como órgano de la persona jurídica, por ser persona física, apta, ella sí, para obrar culposa y aun dolosamente.

Este último criterio era compartido, como es sabido, por el doctor Llambías.⁸

Pero aun cuando se opte por alguno de los otros factores de atribución de responsabilidad, resulta claro que la adhesión a la teoría del órgano conduce a admitir que la persona jurídica es responsable por los actos dañosos cometidos, tanto por sus dependientes, como por sus administradores, sobre la base de la calidad institucional que revisten los últimos.

Es lógico pensar que tal responsabilidad sólo debe nacer cuando el órgano actúa en su calidad de tal y dentro del ámbito de sus funciones dentro de la entidad.

⁵ Ver MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Montchrestien, 5ª ed., t. II, núm. 1984, p. 961.

⁶ Ver LAVALLE COBO, J., ob. cit., t. I, p. 217.

⁷ Ver ORGAZ, A., *Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en Estudios de Derecho Civil*, Tea, 1948, p. 46; LAVALLE COBO, J., ob. cit., t. I, p. 227.

⁸ Ver LLAMBIÁS, J. J., ob. cit., t. II, núm. 1148, p. 73.

Estimamos que esto resulta de la aplicación del principio de la especialidad, fundado en la capacidad de derecho limitada de las personas jurídicas.

Sin embargo y quizás en esto influya la preeminencia adquirida en tiempos recientes por la tesis de la responsabilidad objetiva,⁹ existen soluciones —como la que enseguida veremos que ha entrado en nuestro Código Civil a través de la reforma realizada por la ley 17.711— que amplían aún más la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

Es comprensible que, para quienes fundan esta obligación de resarcimiento de daños en el riesgo, las entidades deban responder aun en casos en que sus órganos hayan excedido el ámbito de sus funciones, si cumplieron el acto dañoso con ocasión del desempeño de las mismas, pero, por nuestra parte, creemos que tal solución es excesivamente amplia.

Expuesta de este modo nuestra manera de pensar en el plano doctrinario, hemos de formular algunos comentarios relativos a nuestra legislación positiva, en cuyo campo la ley 17.711 introdujo una modificación substancial en materia de responsabilidad extracontractual.

No ocurrió lo mismo con la responsabilidad contractual, que había sido reglada adecuadamente en el artículo 42 del Código Civil, que permitía que las personas jurídicas fuesen demandadas por acciones civiles y que se ejecutaran sus bienes.

Debido a este acierto del codificador en el tratamiento de esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia coincidieron en la interpretación de la norma transcrita y en el elogio de la solución legal.¹⁰

La disposición mencionada recoge, en rigor, un principio fundamental en materia de obligaciones: todo aquel que puede ser titular de derechos y obligarse, puede incurrir en incumplimientos y éstos pueden significar perjuicios a los acreedores, a quienes, en justicia, les deben ser reparados.

La solución vale tanto para las personas jurídicas como para las físicas, ya que unas y otras están habilitadas para obrar en el ámbito jurídico.

Reiteramos, no obstante, la necesidad de tomar en cuenta el principio de la especialidad de las personas jurídicas y la limitación de su capacidad de derecho, determinada por el acto que las creó.

Con esta única observación, cabe admitir la paridad de situaciones en que, en este aspecto, se encuentran todos los sujetos de derecho desde el punto de vista de su responsabilidad.

Tras estas breves consideraciones relativas al campo del resarcimiento sobre base contractual, nos adentramos en el otro terreno, el extracontractual.

⁹ Ver MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Ediar, t. I, núm. 50, p. 117.

¹⁰ Ver LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. II, núm. 1138, p. 67; SALVAT, R., ob. cit., t. I, núm. 1245, p. 983; LAVALLE COBO, J., ob. cit., t. I, p. 214.

Parece oportuno comenzar por recordar el tratamiento que el Código Civil dio originariamente al problema. Se concretaba en el artículo 43, que decía en la obra de Vélez Sársfield: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

La nota puesta al pie de esta disposición legal es altamente demostrativa de la posición del codificador, que revela la influencia directa que sobre él ejerció Savigny.

Sin embargo, en algunas de sus expresiones, parece notarse una diferenciación entre las acciones criminales y las civiles, que dio lugar a algunas elaboraciones tendientes a limitar la aplicación estricta del artículo 43.¹¹

Pero, la profundización del pensamiento del autor del Código permite sostener que el precepto en cuestión recoge las consecuencias lógicas de la teoría de la ficción y su complemento, la de la representación.

Como es sabido, ante esta posición de nuestro Código Civil, la doctrina se dividió en un claro esfuerzo por ampliar la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, con el fin de concretar un sistema más justo.

No obstante, no todos los estudiosos coincidieron en este intento de interpretar con mayor flexibilidad al artículo 43, por entender que el texto de éste era claro y reflejaba una posición derivada de la corriente de pensamiento que inspiró a su autor.

De ahí que algunos autores se hayan ceñido a una comprensión estricta de los términos del precepto legal y hayan negado la viabilidad de acciones de resarcimiento de daños ocasionados por los administradores de las personas jurídicas mediante la comisión de cualesquiera hechos ilícitos, fueran éstos delitos o cuasidelitos.¹²

En una posición cercana a ésta, se entendió que, al menos, era necesario abrir la posibilidad de que se promovieran acciones fundadas en el enriquecimiento injustificado cuando las personas jurídicas se hubiesen beneficiado económicamente como consecuencia de los actos de sus representantes,¹³ tesis que resultaba insuficiente, pero demostraba una saludable intención tendiente a aportar mayor dosis de equidad en la regulación del problema.

Un paso más significó la distinción introducida entre la reparación de los daños causados por delitos y por cuasidelitos.¹⁴ Para los primeros, se entendía que el artículo 43 tomaba una posición definida e impedía que se hiciera a las personas jurídicas responsables por los perjuicios que tales hechos causarían a otras personas.

¹¹ Ver LLAMBIÁS, J. J., ob. cit., t. I, núm. 1151, p. 75.

¹² Ver LAFAILLE, H., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. III, núm. 1302, p. 405.

¹³ Ver SEGOVIA, L., *El Código Civil...*, Coni, 1881, t. I, p. 19, nota 8.

¹⁴ Ver LLAMBIÁS, J. J., ob. cit., t. II, núm. 1155, p. 78.

Para sostener este modo de pensar, se hacía mérito de la imposibilidad de atribuir dolo a las personas jurídicas, pero se admitía que hay nociones más o menos amplias de la culpa y que, dentro del ámbito de algunas de ellas, cabía considerar responsables a aquellas entidades.

Cabe recordar que, para avalar esta posición, se sostenía también que, al traducir el Esboço de Freitas, Vélez Sársfield había incurrido en un error y había usado indebidamente el vocablo “aunque” por “cuando”.¹⁵ Era evidente que, si se reemplaza aquella palabra por ésta, el precepto legal en cuestión cambiaba de sentido y restringía la irresponsabilidad al supuesto de haberse cometido delitos por los administradores o los miembros de la entidad.

A través de esta posición, se obtenía, además, un resultado positivo, ya que se admitía, como lógica consecuencia, la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, o sea, la resultante de los hechos ilícitos cometidos por los dependientes.

Sin embargo, se intentó llevar aún más lejos la interpretación amplia y restringir la irresponsabilidad de las personas jurídicas a los supuestos de daños provenientes de delitos del Derecho Penal.¹⁶

Esta interpretación, aunque ponderable desde el punto de vista de la equidad, adolece de algunos defectos y, por consiguiente, merece objeciones: en primer lugar, se aparta notoriamente del texto legal y, además, trae a colación el tema de los delitos sancionados por la ley criminal, que no tienen relevancia especial en relación con la responsabilidad civil de las personas jurídicas, ya que no implican una voluntad uniforme y pueden ser tanto dolosos como culposos.

No consideramos necesario extendernos más sobre el problema de la regulación de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas que había elaborado Vélez Sársfield, ya que el mismo sólo conserva interés histórico, dada la substancial modificación que en este tema introdujo la ley 17.711.

Como es sabido, dice ahora el artículo 43 del Código: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

De acuerdo con este texto, es evidente que la situación ha cambiado notablemente, ya que ahora la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas está sujeta a las reglas ordinarias enunciadas en el Código, sin que haya distinción a su respecto.

¹⁵ Ver LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., t. II, núm. 1151, p. 75; LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., en SALVAT, R., ob. cit., t. I, p. 997.

¹⁶ Ver LLAMBÍAS J. J., ob. cit., t. II, núm. 1151, p. 75; BARCIA LÓPEZ, A., *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos*, Abeledo, 1922, p. 428.

Hay, por una parte, un claro pronunciamiento en favor de la teoría del órgano, de tal manera que, salvo en lo atinente a la capacidad de derecho limitada, que inspira el principio de la especialidad, esas entidades están regidas en cuanto al resarcimiento de los daños que causen por las normas generales aplicables en materia de responsabilidad.

Ahora bien, en esta cuestión, la ley 17.711 introdujo también algunas reformas importantes, como la modificación del artículo 1113, que abrió un amplio cauce al funcionamiento de la tesis objetiva en cuanto a la responsabilidad por los daños originados por las cosas que tiene bajo su guarda o de las que se sirve el sujeto responsable.

De acuerdo con lo establecido por las actuales disposiciones, consideramos que el régimen de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas funciona hoy del modo que exponemos a continuación.

Responden por los daños causados por sus dependientes, vale decir, que se aplican de la manera ordinaria las reglas generales, lo cual permite una correcta indemnización de los daños ocasionados por aquéllos, o sea, que el nuevo régimen legal soluciona correctamente la situación planteada en estos aspectos en coincidencia con lo logrado anteriormente a través de la interpretación constructiva de la jurisprudencia de los tribunales, con fundamento en las opiniones de la doctrina.

También responden por los daños causados con las cosas que las personas jurídicas utilizan o de las que se sirven.

En este aspecto, se plantean, pues, las controversias que ordinariamente suscita la aplicación de un sistema de responsabilidad de base objetiva.¹⁷ Por nuestra parte, como lo hemos sostenido en otras oportunidades, para respetar estrictamente las exigencias de la justicia, la opción por un régimen de este tipo debería ser complementada con la fijación de límites máximos de resarcimiento.¹⁸

Finalmente, las personas jurídicas responden por los daños producidos por sus dirigentes o administradores "en ejercicio o con ocasión de sus funciones".

Aquí aparece, sin duda, una modificación substancial introducida en el régimen del Código.

Evidentemente, la opción por la responsabilidad de las personas jurídicas por los perjuicios causados por sus órganos merece cálidos elogios.

Puede decirse, con certeza, que se ha superado una falla notoria de la obra de Vélez Sársfield, como lógica consecuencia de la opción por sistemas más avanzados y profundos en materia de personas jurídicas.

¹⁷ Ver RISOLÍA, M. A., *Un peligroso avance de la responsabilidad objetiva*, en Revista de la Universidad de Buenos Aires, publicación dispuesta en homenaje al profesor R. BIELSA, t. IV, p. 325.

¹⁸ Ver nuestro trabajo en "VII Jornadas de Derecho Civil. Ponencias", Abeledo-Perrot, p. 47.

Sin embargo, como ocurre frecuentemente cuando se producen cambios tendientes a corregir los defectos de una posición extrema, en que se tiende a exagerar la tendencia hacia el sector opuesto, aquí cabe observar que la redacción del nuevo artículo 43 ha utilizado expresiones que pecan por excesivamente amplias y aun por imprecisas.

En efecto —y acertadamente lo señaló el doctor Llambías, al comentar la reforma¹⁹— es correcto que las personas jurídicas respondan por los daños causados “por quienes las dirijan o administren” en el ejercicio de sus funciones, pero no resulta igualmente ponderable la expresión “con ocasión de sus funciones”.

Esta implica, en rigor, carencia de precisión²⁰ y, si se admite la interpretación más frecuente, resulta excesivamente amplia.

En efecto, la única nota que restringe, en alguna medida, los deberes resarcitorios de las personas jurídicas en relación con las físicas, consiste en la ínsita limitación de la capacidad de derecho de las primeras, debida al principio de especialidad.

Su aplicación concuerda perfectamente con la responsabilidad por los actos de los administradores en el ejercicio de sus funciones, ya que se trata de indemnizar daños producidos por aquéllos dentro del ámbito de su esfera de acción como órganos de la entidad, por entrar en su competencia.

No resulta igualmente justificado hacer responder a las personas jurídicas por actos cometidos por sus directivos con ocasión de sus funciones, los que deben entenderse como hechos ajenos a la competencia de los administradores, pero que pudieron llevarse a cabo debido al cumplimiento de sus tareas como tales.

En definitiva, estimamos que será necesario arribar a una interpretación constructiva de la expresión, que no desvirtúe la intención legislativa de imponer obligaciones resarcitorias a las personas jurídicas en el terreno extracontractual, pero que, al mismo tiempo, no sea excesivamente amplia y afecte la naturaleza esencial de las mismas.

III. *La responsabilidad del Estado*

Como señalábamos al comienzo de este trabajo, la responsabilidad del Estado constituye, dentro del campo general del sistema destinado a regir el tema del resarcimiento de daños, un ámbito de investigación verdaderamente atrayente, ya que contiene algunas notas particulares dignas de consideración.

Aun cuando no parezca necesario destacarlo, el tema presenta una característica interdisciplinaria, ya que marca una clara confluencia entre el Dere-

¹⁹ Ver LLAMBÍAS, J. J., *Estudio de la reforma del Código Civil. La Ley 17.711*, Revista de Jurisprudencia Argentina, p. 24.

²⁰ Ver Proyecto de 1936, art. 81; ALTERINI, A., *Responsabilidad civil...*, Abeledo-Perrot, núm. 141, p. 118; LAVALLE COBO, J., ob. cit., t. I, p. 223.

cho Civil y el Administrativo, de cuyos principios y normas no se puede prescindir al analizarlo.

Es evidente que, al Derecho Civil, la cuestión le interesa por cuanto una de sus instituciones más importantes es la destinada a regular la reparación de los daños que sufren las personas, pero la cuestión no se agota en este terreno, ya que a nadie escapa que el tratamiento que debe darse al Estado, frente a la producción de un daño originado por su actividad, dirigida en principio a procurar finalidades de bien común, puede razonablemente diferir del acordado a cualquier otro sujeto de derechos que no revista sus tan especiales caracteres.

Por ello, se hace necesario destacar que el Derecho Administrativo tiene un papel importante que cumplir en el análisis y la elucidación de la cuestión: el Estado, su situación jurídica, sus funciones, derechos y obligaciones, constituyen materia específica de esta disciplina jurídica.

Cabe, por consiguiente, afirmar que, junto al interés del Derecho Civil, para el cual el Estado está comprendido entre las personas jurídicas, también han de ponderarse los elementos que aporte el Derecho Administrativo, cuyas conclusiones deben integrarse en una solución compuesta por previsiones de estas dos ramas del ordenamiento jurídico.

Si en todo el curso de la historia humana, el tema de la responsabilidad civil del Estado ha debido ser contemplado con preeminente atención, resulta innegable que en la actualidad la requiera aún más intensamente debido a que en la vida contemporánea el radio de acción de aquél se ha ampliado considerable y progresivamente, con las consecuencias que ello reviste desde varios puntos de vista y, entre ellos, del que específicamente nos ocupa, el jurídico.

No puede sorprender, por ello, la profundización de los estudios referidos a este problema y el modo como han evolucionado las ideas a su respecto.

Como lineamiento general, cabe señalar que aquí, como ha ocurrido, en general, en cuanto al tratamiento de las cuestiones relacionadas con el resarcimiento de daños, ha avanzado la tendencia favorable a la reparación de los perjuicios de los damnificados, pero es evidente que ello ha dado lugar a elaboraciones más complejas que las producidas en otros sectores del quehacer jurídico.

Para comprender que así haya ocurrido, quizás convenga recordar aquella lúcida expresión de López Olaciregui,²¹ quien sostiene muy acertadamente que el tema de la regulación de la responsabilidad civil se plantea a raíz de la necesidad de distribuir de la manera más equitativa posible las consecuencias de un daño, y agregar a esta inteligente reflexión el elemento importante que nace de las características propias del Estado y, fundamentalmente, de su calidad de gestor del bien común.

²¹ Ver LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., *Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964, I-IV, p. 68.

Si, en muchos casos, resulta difícil determinar equitativamente quiénes deben soportar las consecuencias de daños originados en el desarrollo de la vida social, la necesidad de contemplar con notas especiales la situación de quien representa y rige a la comunidad y tiene por finalidad substancial procurar el bien general de la misma, introduce, sin duda, un factor digno de cuidadosa consideración.

Más aún por las implicancias que brotan de la calidad de soberano ínsita en la personalidad misma del Estado, ya que es conocida la importancia de la soberanía contemplada como derecho subjetivo del titular del poder público e, inclusive, las deformaciones y exageraciones que, por motivos principalmente políticos, distorsionan, en alguna medida, la pureza conceptual de las soluciones jurídicas cuando quien debe afrontar consecuencias negativas o reparar daños es, precisamente, el soberano.

Sin desconocer la realidad de estas dificultades, específicamente planteadas en lo atinente a esta cuestión, creemos que, no obstante, pueden establecerse algunas bases firmes para reglarla y juzgamos que los trabajos confluente de los estudiosos del Derecho Administrativo y los cultores del Derecho Civil han logrado estructurar un sistema que responde adecuadamente a las exigencias primordiales e indeclinables de la justicia.

Sin que esto implique, en modo alguno, pretender incursionar en el análisis de los principios que rigen la responsabilidad civil en general, ni menos aún desarrollar, a propósito de este tema especial, una investigación sobre el sistema que la rige, hemos de recordar algunos puntos fundamentales, que han debido y deben ser tomados en consideración para contemplar el tema con relación al Estado y poner de relieve la razón de ser de la especialidad que, en algunos aspectos, revisten las soluciones cuando son aplicadas para reglar sus obligaciones resarcitorias.

Como punto de partida, que nunca puede ser dejado de lado, cabe afirmar el principio que determina que todo aquel que, al obrar, causa un daño injusto a otro debe repararlo, principio que, expresado de una u otra manera, es admitido uniformemente por la doctrina y no da lugar a controversias de ninguna índole.

Esto es sólo una formulación general, a la que, por ello, hemos calificado de simple punto de partida. Pero, por ser tal, estimamos útil tomarlo en cuenta para que sirva de base para extraer consecuencias y precisar conceptos.

Es evidente que, sobre ese fundamento, si se avanza algo más, se aprecia de inmediato que las soluciones concretas no pueden reducirse a la aplicación lisa y llana de esa norma y que, frente a situaciones planteadas en la realidad, corresponde, a veces, ampliar el funcionamiento del principio y, a veces, restringirlo.

Desde un punto de vista, cabe registrar, en el primer sentido, que no sólo se consagran en el derecho positivo reglas que imponen el deber de resarcir daños basados en factores subjetivos de atribución de responsabilidad, sino que

también, en las legislaciones actualmente vigentes, se recurre para resolver situaciones especiales a factores objetivos.²²

De tal modo el riesgo, contemplado en función de su creación por la actividad del sujeto responsable o del provecho que éste procura obtener por medio del obrar que originó el daño, y la garantía sirven muchas veces como fundamento de la obligación de indemnizar a una persona perjudicada.²³

En el sentido inverso, cabe recordar que las leyes acuerdan tratamiento especial a los hechos involuntarios.²⁴

Y, asimismo, parece imposible dejar de recordar, especialmente por el tema que analizamos, que no siempre la responsabilidad nace directamente sino que puede originarse por daños ocasionados por los dependientes del sujeto responsable o por las cosas que éste utiliza para el cumplimiento de su actividad.

En relación con la situación particular del Estado en materia de responsabilidad, estas adecuaciones del principio universalmente válido con que encabezamos estas reflexiones específicamente dedicadas a aquél, funcionan, sin duda, con relieve particular.

En efecto, la regulación de las reparaciones debidas por hechos involuntarios debe ser tenida en cuenta respecto de alguien que, como el Estado, es persona jurídica y, por consiguiente, carece de voluntad psicológica aunque no de voluntad jurídica; la responsabilidad objetiva lo abarca en situaciones en que su aplicación exige tener más en cuenta la situación de la víctima que la del obligado a indemnizar y, por otra parte, la responsabilidad refleja por medio de representantes o dependientes; aun si se reserva la calificación de órganos para algunos funcionarios de características excepcionales, ocupa el ámbito mayor de la actuación estatal.

Se aprecia de inmediato que las mismas situaciones se presentan frente a la responsabilidad civil de las personas jurídicas en general y aquí se plantea el interrogante esencial en lo atinente a las obligaciones resarcitorias del Estado.

Es, precisamente, la cuestión fundamental a elucidar: se trata de determinar si esos preceptos deben aplicarse al Estado sin variantes, si algunos deben ser adecuados, si caben en su totalidad o debe producirse un ajuste parcial de las normas y, en definitiva, a qué reglas particulares debe someterse la responsabilidad de aquél.

Como decíamos antes, si el problema ha preocupado a los estudiosos desde largo tiempo atrás, la importancia de la cuestión se ha agudizado en

²² Ver MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., t. I, núm. 50, p. 117; ALTERINI, A., ob. cit., núm. 141, p. 117; SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, t. I, núm. 274, p. 355.

²³ Ver MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., t. I, núm. 50, p. 117; SAVATIER, R., ob. cit., t. I, núm. 274, p. 355.

²⁴ Ver Código Civil, art. 907; LLAMBÍAS, J. J., *Estudio de la reforma...*, p. 212; MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., t. I, núm. 100, p. 251.

los últimos decenios a medida que se ha extendido, intensificado y precisado, la actividad estatal en terrenos cada vez más dilatados y más profundamente analizados.

Como premisa inicial para la solución correcta del problema, es necesario señalar de inmediato que la presencia cada vez más acentuada del Estado en la vida social de nuestro tiempo exige ponderar que su labor se desarrolla en dos campos en que actúa en posición diferente: desde un punto de vista, es un sujeto que ejerce el poder público y la finalidad de su acción es la promoción del bien común y, también, es un sujeto que desarrolla una actividad igual a la que pueden llevar a cabo y, de hecho, realizan personas privadas.

Si se aspira a elucidar correctamente el problema de la responsabilidad del Estado, se hace imprescindible escindir estos dos campos en que cumple su acción, ya que las conclusiones relativas al obrar en uno y otro terreno difieren e, inclusive, cabe afirmar con total certeza que la complejidad del tema alcanza grados diferentes según que se lo contemple con relación a uno u otro ámbito de actuación.

Sin duda, es mucho más complicado resolver el asunto de la responsabilidad del Estado cuando los hechos que han originado el daño han tenido lugar en circunstancias en que aquél ha obrado en su calidad específica de titular del poder público y gestor del bien común.

En efecto, en los casos en que, como resultado de la comentada extensión de sus actividades, el Estado desarrolla tareas que no le son exclusivas ni específicas ni las cumple como soberano, en ejercicio del poder público, las dificultades se reducen sensiblemente.

Así, por ejemplo, si el Estado presta servicios de transporte en competencia con particulares que, dentro del campo mercantil, realizan también actividades semejantes, no se encuentran fundamentos sólidos que justifiquen asignarle un tratamiento diferencial.

Por consiguiente, si no cumple sus deberes contractuales e incurre en un retraso en la ejecución del traslado que se había comprometido a realizar, o un vehículo explotado por él causa daños por motivo de un accidente, corresponde, como conclusión lógica e inatacable desde el punto de vista jurídico, imponerle las mismas obligaciones resarcitorias que, en iguales circunstancias, incumbirían a un transportista particular.

No obstante, forzoso es reconocer que esto, que parece una verdad incontestable, no ha sido aceptado siempre ni admitido en todas las legislaciones y que los partidarios de la irresponsabilidad absoluta del Estado han procurado encontrar explicaciones —por cierto dotadas de escaso poder de convencimiento y fundadas en razones muy endeble— para sostener la posición opuesta.²⁵

²⁵ Ver LAFAILLE, H., ob. cit., t. II, núm. 1301, p. 403; Busso, E. ob. cit. t. I, p. 370, donde cita jurisprudencia de la Corte Suprema.

Pero, en el estado actual de la evolución del Derecho, esa tesis negativa de la responsabilidad ha perdido toda vigencia y no encuentra defensores dispuestos a apoyarla.

De ahí que estimemos razonable opinar que, en el ámbito de la actividad del Estado cumplida en pie de igualdad, inclusive en competencia con sujetos de derecho privado, corresponde la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas, en general.

Cabe, por ello, decir que el problema ha tenido la misma historia antes reseñada respecto de las personas que Vélez Sársfield llamó de existencia ideal.

Antes de la sanción de la ley 17.711 no existían, por consiguiente, dificultades para admitir la responsabilidad contractual del Estado, conforme a lo dispuesto por el art. 42 del Código Civil, mientras que, por el contrario, en el terreno extracontractual, la cuestión sufrió las consecuencias derivadas de la redacción del artículo 43 y motivó los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales antes indicados.

Después de 1968, la substancial reforma al artículo 43 produjo una transformación decisiva en lo atinente a la responsabilidad de las personas jurídicas y, por ende, del Estado.

Sería, quizás, razonable poner fin aquí al comentario relativo al funcionamiento de la responsabilidad del Estado cuando éste realiza actividades aptas para ser llevadas a cabo por particulares y ajenas al ejercicio del poder público.

Sin embargo, no creemos posible pasar en silencio una breve observación relativa al significado que debe asignarse a la expresión "contractual". Esta, naturalmente, deriva de "contrato" y, por consiguiente, para interpretar su significado, se hace necesario recurrir a la definición misma del contrato.

Aquí esta figura está tomada en su contenido estricto, vale decir, con la acepción de un acto jurídico bilateral destinado a producir efectos entre las partes en el ámbito patrimonial.

No comprende, por lo tanto, las convenciones administrativas, calificadas generalmente por los estudiosos del Derecho Público de "contratos administrativos". No están incluidas precisamente por cuanto en estos actos, el Estado actúa en su carácter de sujeto soberano y en ejercicio del poder público.

Se trata, pues, de situaciones pertenecientes al otro sector de la responsabilidad estatal, según la distinción anteriormente expuesta.

En esta diferente situación en que obra el Estado en los contratos ordinarios —cabe decir, de Derecho Privado— y en las convenciones administrativas, radica, específicamente, el argumento que nos ha conducido a distinguir entre las mencionadas figuras convencionales, ya que, cuando obra en el ejercicio del poder público, el Estado se encuentra en una posición de superioridad respecto al otro sujeto del acto, lo cual le acuerda, por ejemplo, la llamada facultad exorbitante, que lo faculta a no cumplir las obligaciones por él asumidas cuando existan razones de bien común que lo justifiquen y ello aunque deba indemnizar por incumplimiento a la otra parte, ajena a las causas que producen la extinción de la convención.

Creemos que, formulada esta aclaración, queda suficientemente definido, de acuerdo a la doctrina dominante, el sistema que rige la responsabilidad del Estado en lo atinente a la reparación de los daños que pueda originar por su actividad realizada fuera del ejercicio del poder público.

Sin embargo, se hace necesario señalar que, aun en este terreno, ha sido sostenida la tesis de la irresponsabilidad estatal, la cual, lógicamente, rechaza los lineamientos antes enunciados.

Merece recordarse que no mucho tiempo atrás, en importantes ordenamientos legislativos, especialmente en el mundo anglosajón y también en países de orientación romano-germánica, se admitía, en amplios sectores de la actividad estatal, el principio de la irresponsabilidad.

Ello daba lugar, sin duda, a una flagrante injusticia, ya que los perjuicios sufridos por víctimas variadas, como consecuencia del obrar de los organismos estatales, quedaban sin reparación.

Pero, de todos modos, estimamos que es mínimo y cada vez menor el respaldo hacia la posición partidaria de la irresponsabilidad en su formulación más amplia, vale decir, aplicada también en relación con la indemnización de daños causados por el Estado en una actividad que no haya sido realizada en ejercicio de su poder público.

Por el contrario, en el otro sector antes indicado, el referido a la acción del Estado como soberano, en ejercicio del poder público, con un obrar dotado de *imperium*, esa tesis reviste todavía cierta importancia.²⁶

Es sumamente significativa la exposición que, sobre este problema, hizo el doctor Rafael Bielsa, gran maestro del Derecho Administrativo.²⁷ Comenzaba el tratamiento del tema de la responsabilidad de la Administración Pública (así denominaba a este tópico) mediante la consideración de una idea general de la cuestión y, como primer punto, se refería al principio de la irresponsabilidad estatal.

Señalaba Bielsa que, en el ámbito del Derecho Privado, todo damnificado por un hecho ilícito tiene siempre una acción judicial contra el autor del daño, si éste es responsable, pero que este principio no gozaba de igual reconocimiento o, al menos, no revestía igual amplitud en el campo del Derecho Público, donde se requería que una ley hiciera al Estado responsable de las consecuencias dañosas de sus actos, o sea, de los actos de sus órganos, representantes o dependientes, obrando como tales.²⁸

Aun en este sector, la evolución progresiva de los conceptos jurídicos ha tenido como fruto una transformación marcada de la posición restrictiva y, conforme a la explicación del recordado maestro, de la irresponsabilidad completa se pasó, en una segunda fase, a admitir la responsabilidad personal del

²⁶ Ver BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, Lajouane, t. I, núm. 189, p. 523; MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, t. IV, núms. 1626 y 1627, p. 691; LAVALLE COBO, J., ob. cit., t. I, p. 229; SAVATIER, R., ob. cit., t. I, núm. 209, p. 262; MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., t. III, núm. 1980, p. 959.

²⁷ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 189, p. 522.

²⁸ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 189, p. 523.

funcionario cuyo desempeño causó el perjuicio y de ahí, finalmente, a la admisión de la responsabilidad del Estado.²⁹

El principio de la irresponsabilidad estatal se basaba fundamentalmente en la noción de la soberanía del Estado, que impedía contemplarlo en una relación de igualdad con el particular y en la calidad revestida por aquél de representante del derecho organizado, que impediría que violara las normas sancionadas por él mismo.

La consecuencia lógica de estos principios lleva a afirmar que, si se hubiese originado un daño como consecuencia de un acto estatal, debería atribuirse el obrar dañoso al funcionario interviniente y descartar al Estado. De este modo, se pone de manifiesto el fundamento de la segunda etapa indicada por Bielsa, o sea, la que admitió la responsabilidad personal del funcionario.³⁰

Finalmente, el proceso de evolución culminó con el reconocimiento del derecho de los damnificados de promover las pertinentes acciones por resarcimiento y lograr la consiguiente indemnización por los perjuicios experimentados.

Solamente deseamos finalizar este comentario centrado en las enseñanzas de este gran jurista, con una reflexión atinente a la influencia que cabría asignar a la reforma del artículo 43 del Código Civil por la ley 17.711.

Juzgamos interesante el tema por cuanto tiene relación con el sector más complejo que se debe afrontar en la regulación de la responsabilidad del Estado, el ámbito extracontractual.

Si se exige como requisito para consagrar el principio de la responsabilidad estatal que exista una ley vigente que la consagre —posición expuesta por Bielsa³¹—, es razonable sostener que la nueva versión del artículo 43 del Código Civil provee, precisamente, el requerido respaldo legislativo.

Tras esta enunciación de la evolución de la cuestión, procedemos a analizar la actual regulación de la responsabilidad del Estado, cuando los daños provienen de la actividad de éste como soberano, en ejercicio del poder público.

El correspondiente sistema debe tomar en consideración situaciones diversas, que procuramos sistematizar mediante la confección de una nómina ordenada, y que pueden dar lugar a soluciones diferentes, todas ellas presididas, sin embargo, por la admisión del principio de la responsabilidad estatal.

Consideramos conveniente comenzar por distinguir, como lo hicimos al referirnos a la situación de las personas jurídicas en general, entre los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual.

En el plano contractual, conforme a lo anteriormente dicho, corresponde ahora incluir a las convenciones administrativas, pese a la situación de superioridad jurídica en que se encuentra el Estado frente al particular, que es el otro sujeto del acuerdo.

²⁹ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 190, p. 527.

³⁰ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 190, p. 529, nota 8.

³¹ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 189, p. 522.

Una vez más encontramos mayores facilidades para estructurar soluciones en este terreno, ya que coinciden los autores en el sentido de afirmar que el Estado debe aquí indemnizar los daños producidos por su obrar, sin que obste a ello su calidad de soberano ni que ese obrar haya tenido lugar en el ejercicio de su *imperium*.³²

Es muy claro al respecto lo dicho por uno de nuestros más destacados tratadistas, el doctor Miguel Marienhoff, quien considera que en el campo contractual no cabe distinguir entre incumplimientos en convenciones, cualquiera sea la posición en la que haya actuado el Estado al ocasionar el daño.³³

Textualmente expresa: "Por lo demás, téngase presente que la responsabilidad «contractual» del Estado, ya se trate de un contrato regido por el derecho público o por el derecho privado, se impone inexcusablemente por elementales nociones de moral y de derecho: los contratos —cualquiera sea su índole— se formalizan para ser cumplidos, no para ser desconocidos o violados".

Con la salvedad hecha en cuanto a la distinción entre contratos del derecho común y convenciones administrativas, compartimos plenamente la opinión del citado autor.

Más aún: la distinción entre uno y otro tipo de convenciones robustece la fundamentación favorable a la admisión de la responsabilidad contractual del Estado cuando obra en ejercicio del poder público, ya que, al reconocer, como evidentemente es necesario hacerlo que aquél no puede ser compelido a cumplir en especie, o sea, a ejecutar la obligación específicamente asumida, si se lo liberara de indemnizar cuando resuelve dejar sin efecto una convención legítimamente formada, quedaría a su solo arbitrio el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones que hubiera tomado a su cargo, lo cual es inaceptable desde todo punto de vista.

Determinado de este modo el funcionamiento de la responsabilidad contractual, corresponde analizar el tema en el plano extracontractual, donde, tal como ocurre en materia de personas jurídicas en general, se conforma el aspecto más complejo del problema.

Parece oportuno recordar la incidencia que, en este campo, tiene el principio de especialidad: si toda persona jurídica cuenta con una capacidad de derecho limitada y ésta sólo le permite obrar dentro del ámbito fijado por la ley y el pertinente acto constitutivo, en el caso del Estado, esa incidencia es aún más intensa, ya que, por definición, el Estado es el ente destinado a reglar la vida de una sociedad en sus aspectos generales, con sentido de bien común, con la función propia de dictar las leyes que deben regir a esa comunidad y de aplicarlas, todo lo cual aumenta la complejidad de la cuestión.

Sin embargo, también aquí debe tenerse en consideración un dato inderogable de la realidad: el Estado, como todas las personas jurídicas, obra por medio de personas físicas cuya actuación puede dar lugar a hechos ilícitos y puede causar daños.

³² Ver MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1625, p. 691.

³³ Ver MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1625, p. 691.

No es necesario extremar la argumentación para demostrar que sería esencialmente injusto que, en esos supuestos, los damnificados debieran absorber sus daños aun cuando nada objetable hubiese en su comportamiento .

Se hace preciso, por ello, reiterar que el Estado, por ser sujeto de derecho y actuar en el ámbito de la comunidad cuyo bien común le está confiado, debe asumir plenamente las consecuencias de sus actos, salvo que éstos revistan características particulares, que justifiquen recurrir a normas también específicas para la distribución de los daños entre los protagonistas de la situación que los origine.

Adquiere, por ello, substancial relevancia la consideración de las conclusiones diferentes a que conducen la aplicación de la teoría de la representación y de la del órgano, que enfocan al Estado como a toda persona jurídica.

Por otra parte, como anticipamos, la evolución de las soluciones relativas a las obligaciones resarcitorias del Estado, cuando causa un daño al obrar en su calidad de titular del poder público y en ejercicio del mismo, ha seguido una trayectoria pregresivamente amplia en lo atinente a la procedencia de su responsabilidad ³⁴.

De la irresponsabilidad inicialmente dominante, se ha llegado al otro extremo de la gama de posibilidades, tras pasar por la tesis intermedia, que admitió la responsabilidad de los funcionarios.

La primitiva posición, partidaria de la irresponsabilidad, encontraba fundamento coherente cuando se reconocía el derecho divino de los reyes y se concluía que, por lo tanto, ellos, que se identificaban con el Estado en su noción actual, no podían actuar mal y que, por consiguiente, no había lugar a imponerles deber alguno de indemnizar a particulares.

Naturalmente, la evolución política producida ha quitado toda relevancia a esa posición, pero ello no obstante, la tesis de la irresponsabilidad también se ha transformado con la finalidad de adecuarse a los nuevos preceptos reinantes en materia de organización estatal y de la base de legitimidad que la sostiene.

Por ello, de aquella explicación, fundada en la calidad personal y la identificación del monarca con el reino que regía, se pasó a la exclusión de la responsabilidad fundada en la soberanía, derecho típico del Estado moderno.

El mismo concepto de la soberanía sirvió para justificar la tesis que se conformó con imponer obligaciones de resarcir los daños a los funcionarios que directamente los hubieran originado.

Si se analiza el argumento, se comprueba que carece de verdadera entidad, ya que la soberanía es un derecho inherente a los Estados, que se concreta en el ejercicio de facultades de gobierno, pero que no se opone a que aquéllos deban ajustarse a lo dispuesto por las normas legales vigentes y que, si sus funcionarios se apartan de esos preceptos y resultan daños como consecuencia de ese modo de obrar, deban responder por ello.

³⁴ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 190, p. 527; MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1625, p. 691.

Como expresa Marienhoff, la soberanía no implica necesariamente infalibilidad ni tampoco, como lo señalaba Bullrich, ser sinónimo de impunidad.³⁵

Rechazada la tesis negativa, es conveniente recordar los principales fundamentos indicados para afirmar la responsabilidad estatal.

Cabe mencionar, a tal fin, la creación de riesgos sociales inherentes al funcionamiento mismo del organismo estatal³⁶, la admisión de tal responsabilidad por normas legales³⁷ (exigida por Bielsa, la ley, como dijimos, podría ser hallada en el texto actual del artículo 43 del Código Civil), el reconocimiento de un precepto implícito de lógica jurídica y la ponderación del significado de la vigencia de un estado de derecho³⁸.

Esta última línea de pensamiento es lúcidamente expuesta por Marienhoff: "Tal fundamenta no es otro que el «Estado de Derecho» y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios o postulados que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administradores de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público".

La posición resulta inobjetable en tanto en cuanto se admita la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en general. De ahí la relevancia que asignamos a la consagración de la teoría del órgano por oposición a la de la representación.

Se trata, por consiguiente, de extender respecto al Estado la aplicabilidad de las normas generales en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

La argumentación nace de la afirmación de la calidad de sujeto de derecho que reviste el Estado, de la necesidad que tiene de obrar a través de personas físicas; de la calidad de órganos de aquél o de dependientes suyos que pueden revestir esos seres humanos; de la participación que, por ser persona, tiene en la vida jurídica; de la posibilidad de originar daños por fallas del elemento humano que actúa por cuenta de aquél y de la injusticia que significaría no reparar los daños que pueda causar.

Frente a la solidez de este razonamiento jurídico, pierde fuerza el recurso a la soberanía como derecho propio del Estado, que tendría como consecuencia que éste no debiera indemnizar los daños que causara en el ejercicio de su función específica.

Sin embargo, no cabe silenciar que la situación de aquél como sujeto responsable, no es exactamente igual que la de cualquier otra persona jurídica y que, por su calidad de titular del poder público en ejercicio del mismo, el tratamiento de sus obligaciones resarcitorias plantea exigencias especiales.

Con el fin de alcanzar alguna precisión en la determinación de dónde aparecen tales reglas particulares y cómo funcionan, hemos de formular algunos breves comentarios.

³⁵ Ver MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1628, p. 694.

³⁶ Ver MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1630, p. 695.

³⁷ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 189, p. 522; MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1631, p. 696.

³⁸ Ver MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1633, p. 698.

En primer lugar, deseamos señalar que no hay diferencia respecto a que sean subjetivos u objetivos los factores de atribución de responsabilidad en que se funde su obligación de indemnizar.

Esto resulta claro tras un muy somero análisis de algunas hipótesis significativas: así, si se producen daños por causa de una acción negligente de un funcionario estatal, aun cuando el Estado no pueda ser culpable en el sentido de haber incurrido en una actitud antijurídica voluntaria desde el punto de vista psicológico, es evidente que responderá por ese daño sobre la base del funcionamiento de los preceptos que regulan la responsabilidad indirecta por los dependientes, mientras que si un trabajador estatal sufre un accidente laboral o una aeronave explotada por un Estado causa daños a un tercero en la superficie, el Estado deberá responder a raíz de la aplicación de un factor de tipo objetivo.

No se advierten, por consiguiente, diferencias en la consideración de los factores de atribución de responsabilidad que justifiquen recurrir exclusivamente a la noción del riesgo creado para fundamentar las obligaciones resarcitorias del Estado.

En el obrar de éste, a través de sus órganos, encarnados en funcionarios representativos o en dependientes, cabe el factor subjetivo de atribución de responsabilidad sin que sea menester descartarlo por la ausencia de voluntad de tipo psicológico en aquél.

Siempre que existan los presupuestos básicos de la responsabilidad: daño, hecho antijurídico del sujeto responsable (no necesariamente ilícito), relación de causalidad entre el hecho y el daño y procedencia de un factor de atribución de la obligación de indemnizar, debe admitirse que ésta existe, con prescindencia de cualquier análisis subjetivo de la voluntad psicológica del Estado, que lo convierta en un sujeto privilegiado frente a los reclamos de quienes resulten damnificados por causa del accionar estatal.

Inclusive, cabe agregar que, como señala Bielsa³⁹, precisamente por ser el constituyente del derecho y tener, como finalidad propia, asegurar su imperio, el Estado debe necesariamente autolimitarse, como modo de conservar el orden público y asegurar su pleno respeto por los ciudadanos.

Es, por ello, evidente que cuando un dependiente del Estado produce un daño por su hecho ilícito, su principal debe repararlo y que lo mismo ocurre si los perjuicios son originados por el hecho de las cosas que el Estado emplea.

Creemos que aquí cabe formular una reflexión relativa al carácter especial que revisten algunos funcionarios dentro de la estructura institucional del Estado: por la calidad excepcional de éste, no aparece tan claramente diferenciada la situación de los administradores y los dependientes como en el caso de las personas jurídicas en general. Sin embargo, contemplada la situación desde el punto de vista de la teoría del órgano, existen diferencias según la jerarquía y la situación administrativa de quienes componen el personal estatal.

Aclarada esta particularidad, se aprecia que no hay diferencia substancial entre los supuestos planteados y que, en rigor, no existe razón alguna que

³⁹ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 192, p. 534.

justifique un apartamiento de los preceptos básicamente establecidos por el Derecho Civil para resolver el problema en lo atinente a la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos.

No resulta tan sencillo emitir un pronunciamiento relativo a los daños producidos como consecuencia de fallas acaecidas en el ejercicio de la actividad lícita del Estado, lo que puede ocurrir a raíz de la acción de cualquiera de sus tres poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Parece difícil admitir que el Poder Legislativo⁴⁰ puede causar daños que deban ser reparados por el Estado, ya que su función consiste en "legislar", o sea crear el derecho positivo.

Vale decir que, por función específica, parece que el legislador no podría incurrir en actos antijurídicos y que, por consiguiente, faltaría uno de los elementos necesarios para que haya obligaciones de resarcir cualquier daño.

Sin embargo, estimamos que existen razones importantes para desechar la argumentación enunciada, razones que deben tomarse en consideración conjuntamente con la exacta evaluación del contenido de la soberanía, ya que la facultad legislativa es uno de los derechos más significativos comprendidos en aquélla.

En nuestro modo de pensar, el legislador no cuenta con una facultad absoluta para sancionar textos de derecho positivo, sino que debe ajustarse a ciertas normas de mayor jerarquía de las que no puede apartarse.

En primer lugar, el Poder Legislativo está obligado a ceñirse a los preceptos de la Constitución Nacional y, por lo tanto, si sanciona una ley que se aparta de esa norma fundamental y la aplicación de la misma causa daños, éstos deben ser reparados, para lo cual, lógicamente, es necesaria la previa resolución judicial que declare la inconstitucionalidad de la ley que originó el perjuicio.

Por otra parte, el legislador debe respetar los principios del Derecho Natural, recogidos generalmente en las Constituciones, pero que mantienen su vigencia aun cuando no están incluidos en los preceptos de alguna de ellas.

No se nos escapa, sin embargo, que es mayor la dificultad que se plantea en estos supuestos para que concretamente se reconozca en la práctica la obligación resarcitoria del Estado.

Sin embargo, puede decirse que este principio está, en buena medida, admitido en la posición de los autores que fundan la responsabilidad estatal en la vigencia del estado de derecho.⁴¹

En efecto, es fácil comprender que integra el Derecho Natural el precepto que afirma que todo aquel que injustamente causa un daño a otro debe repararlo y es evidente que el legislador que, en ejercicio de su poder, sanciona una norma que injustamente perjudica a un particular, engendra un derecho de éste a ser indemnizado por el Estado, por ser un órgano del mismo.

⁴⁰ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 193, p. 537; MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1654, p. 734; SAVATIER, R., ob. cit., t. I, núm. 212, p. 268.

⁴¹ Ver MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1654, p. 734.

En el ámbito del Poder Ejecutivo⁴², que conforma lo que ordinariamente se conoce con el nombre de Administración Pública, la responsabilidad estatal nos parece aún más fácil de afirmar.

En efecto, aquí sólo el carácter soberano del Estado se presenta como elemento apto para enervar la aplicación de los principios ordinarios relativos a las personas jurídicas, pero al respecto hemos manifestado anteriormente nuestro modo de pensar en el sentido de admitir la procedencia de las obligaciones resarcitorias de aquél.

Sólo cabe exigir, por consiguiente, que, además de la presencia de los elementos exigidos en todo caso para que haya responsabilidad, los funcionarios cuyos hechos han originado los daños, hayan obrado en ejercicio de sus funciones.

Esto último es necesario para que actúen como órganos del Estado y esta calidad la revisten todos los funcionarios públicos inclusive el jefe de la Administración, es decir, el Presidente de la Nación.

Decretos, ordenanzas, resoluciones, cualesquiera actos cumplidos por una persona en el ejercicio de sus funciones, pueden dar lugar a responsabilidad estatal.

Consideramos que, respecto de esta posición, hay actualmente doctrina pacífica, ya que, inclusive, la opinión más exigente, o sea, la de quienes, de acuerdo con las enseñanzas de Bielsa, juzgan necesario que una ley establezca la responsabilidad⁴³, puede encontrar esa base legislativa en el nuevo texto del artículo 43 del Código Civil.

Y no podemos dejar de subrayar que éste es el ámbito en que se producen más frecuentemente las situaciones que dan lugar a reclamaciones de particulares contra el Estado, las que pueden fundarse en los motivos más variados, desde una decisión administrativa contraria a la ley hasta una información incorrecta que induce a errores de los ciudadanos y causa perjuicios.

Ello hace totalmente imposible pretender esbozar siquiera una nómina de situaciones que darían lugar a responsabilidad estatal, cuya procedencia, en cada caso, queda librada a la decisión judicial.

Se hace presente así, una vez más, la importancia de la tarea de los jueces y el valor de su sentido de justicia y de su prudencia, para apreciar debidamente las cuestiones planteadas ante ellos.

Precisamente, para finalizar este breve trabajo, corresponde formular algunas reflexiones sobre la responsabilidad que puede haber al Estado por fallas del Poder Judicial que originan daños a los particulares.⁴⁴

Hay un elemento específico que diferencia este caso de los anteriormente considerados: se trata del principio de la cosa juzgada, fundamental para la

⁴² Ver BIELSA, R. ob. cit., t. I, núm. 194, p. 545; MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 1650 p. 725; SAVATIER, R., ob. cit., t. I, núm. 212, p. 269.

⁴³ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 189, p. 522.

⁴⁴ Ver BIELSA, R., ob. cit., t. I, núm. 193, p. 541; MARIENHOFF, M., ob. cit., t. IV, núm. 759, p. 1665.

vigencia del orden jurídico y, por consiguiente, imprescindible para el funcionamiento de cualquier país organizado.

Al ser indiscutible el valor de la cosa juzgada, que, como postulado, debe ser tenida por cierta, es decir, por justa, no parece posible el sometimiento a la decisión de un tribunal de lo resuelto por otro en instancia definitiva.

Como principio, pues, no hay responsabilidad del Estado por fallos judiciales que causen perjuicios.

Sin embargo, ese principio fundamental debe ceder en algunas situaciones muy especiales, como la que se produce cuando queda demostrado que se ha producido un error judicial en una condena penal. Es evidente que, en este caso, el perjuicio causado al injustamente condenado debe ser reparado.

En rigor, cuando se produce el reconocimiento del error judicial, la decisión que lo declara deja sin efecto automáticamente la cosa juzgada y, por consiguiente, desaparece el principal obstáculo jurídico para el funcionamiento normal de la responsabilidad del Estado.

No parece viable extender más la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial, ya que si el Juez no administra justicia, no obra en ejercicio de sus funciones y, por consiguiente, falta un presupuesto esencial de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

No obstante, no cabe descartar totalmente la posibilidad de alguna situación en que, por razones especiales, se demuestre que se han producido perjuicios a algún sujeto de derecho como consecuencia del obrar injusto de un juez, que quede demostrado a través, por ejemplo, de un juicio político.

No parece justo que si se advierte una falla de esta índole en el funcionamiento de un proceso constitucionalmente estructurado, que hace a esa falla de público conocimiento, se aplique una sanción muy grave al magistrado involucrado y se deje sin reparación adecuada a la víctima de su reprochable acción, pero es evidente que se trata de un caso realmente excepcional y que no se puede dar opinión *a priori* a su respecto, ya que las circunstancias de hecho pueden incidir muy profundamente en la solución a dar a la cuestión.

En síntesis, salvo el supuesto del error judicial producido por una condena penal injusta, la responsabilidad del Estado por actos judiciales no encuentra fundamento adecuado, principio que sólo puede ceder en situaciones muy particulares.

Es éste, por consiguiente, en nuestro modo de pensar, el terreno en que más restringida debe ser la imposición de obligaciones resarcitorias al Estado.

Para finalizar este breve trabajo, deseamos formular una reflexión que aunque obvia, no deseamos pasar en silencio: sin perjuicio de la responsabilidad que, frente a los damnificados, incumbe al Estado, en todos los casos en que la obligación resarcitoria se haya originado en faltas de algún funcionario, existe un recurso para que aquél repita de ese funcionario las sumas que haya debido abonar por culpa del mismo.

FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

LA MORA EN LAS OBLIGACIONES CUYO LUGAR DE PAGO ES EL DOMICILIO DEL DEUDOR

Los vientos de la Providencia han traído mi barca a este homenaje. Participar de él, es para mí una distinción inmerecida.

Una breve semblanza de Llambías, aquí parece casi necesaria. Mas una figura de su talla, con una personalidad tan rica, una obra tan vasta y una trayectoria tan fecunda, sólo un poeta podría traducirla en un puñado de palabras. Y de mi parte, vana presunción sería el intentarlo.

Pero me fue dado el privilegio de haber sido su colaborador y no puedo menos que entregar mi testimonio.

Tengo aún muy presente en la memoria, aunque más de diez años han pasado, el momento en que, por primera vez, llegué hasta su despacho para entregarle, "en temor y temblor", mi primer "proyecto" de interlocutorio. Y fue allí, en la severidad de aquel despacho, que con los años llegaría a ser el mío, donde pude descubrir, más allá de su aparente lejanía, aquella paternal magnanimidad que es la prenda distintiva de un verdadero maestro.

Porque eso fue Llambías ante todo.

El Maestro le llamamos los hombres de mi generación y con ese nombre aún hoy se lo recuerda.

Y fue justo, porque todo Llambías fue una enseñanza permanente.

Lo fue por cierto desde la cátedra, donde generaciones enteras recogieron su palabra.

Y lo fue muy particularmente a través de su obra, que ha tenido una difusión casi prodigiosa y cuya profundidad es tan destacable como su rigor metodológico o su solidez estructural. Obra que ha marcado un hito decisivo en la cultura jurídica nacional y de la que también puede decirse con justicia, que nació clásica.

Pero si como profesor y jurista fue maestro, no lo fue menos como juez. Con Llambías la jurisprudencia brilló a una altura intelectual que difícilmente admita comparación. Llambías juez, conserva todas las calidades del científico riguroso, como que muchos de sus fallos son verdaderas lecciones magistrales. Pero las conserva para ponerlas al servicio de la justicia, cuyas exigencias supo armonizar con los requerimientos de la ciencia. Armonía que

estuvo presidida por un pensamiento católico sin dobleces ni eufemismos, del que nos ha dejado invalorable testimonios.

Justo es señalar, en suma, que Llambías constituye un arquetipo del juez sabio y prudente.

Y para quienes fuimos sus colaboradores es una gran satisfacción el proclamarlo, especialmente recordando que junto con tantas lecciones de prudencia y equilibrio, recibimos la serena calidez de su amistad.

I

INTRODUCCION

Uno de los más controvertidos capítulos —si no el más— de la reforma al Código Civil de 1968, ha sido la modificación al régimen de la mora.

Y no podía ser de otra manera. Para decirlo con palabras de Llambías, “la mora es un verdadero eje en torno al cual giran distintos dispositivos jurídicos”.¹

Para demostrarlo, basta la simple enunciación de sus efectos, suficientemente reveladores de que, desde el instante mismo de su configuración, la mora no solamente determina la dinámica ulterior de la obligación en su totalidad, sino que juega un papel capital en la vida toda del contrato, pudiendo condicionar aun su propia subsistencia.²

“De ahí la gravedad —proseguía Llambías— de cualquier alteración en su modo de constitución”,³ gravedad que se acentúa —agregamos— en la misma medida de su profundidad, y que adquiere significativas proporciones cuando el nuevo régimen adolece de serias fallas que afectan su propia estructura.

Y es a todas luces evidente que la ley 17.711, más allá de su acierto o desacierto, ha innovado sustancialmente el sistema de constitución en mora estructurado por Vélez Sársfield.⁴

¹ LLAMBÍAS, J. J., *Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711*, p. 100.

² Como efectos de la mora pueden mencionarse: a) en conjunción con el “daño resarcible”, genera la responsabilidad del deudor; b) opera la traslación de los riesgos del acreedor al deudor moroso; c) inhibe al moroso para constituir en mora a la otra parte en las obligaciones correlativas (correspectivas); d) habilita a la parte no morosa a resolver o rescindir el contrato por el juego del pacto comisorio o de la facultad resolutoria legal; e) inhabilita al moroso para invocar el incumplimiento de la otra parte y pretender la resolución del contrato; f) pierde el moroso el derecho a arrepentirse del contrato; g) pierde también el moroso el derecho a invocar la excesiva onerosidad sobreviniente por el juego de la teoría de la imprevisión; h) otorga al acreedor la facultad de exigir, a su arbitrio, el cumplimiento de la prestación o la pena; i) da lugar al reajuste de la deuda de dinero.

³ LLAMBÍAS, J. J., *Estudio...*, p. 100.

⁴ LLAMBÍAS, J. J., *Estudio...*, p. 97.

Necesaria consecuencia habría de ser —como lo fue— la apertura de un frondoso debate doctrinario, donde lucidez y fervor ofrecieron ardua competencia. Y sin exageración puede decirse que, en materia de mora, ningún aspecto de la reforma quedó sin convertirse en arena de lidia. Desde la técnica legislativa que, con diversos matices, gran parte de la doctrina tachó de defectuosa,⁵ hasta la propia necesidad de la reforma.⁶

Y aún más allá del alcance del nuevo régimen, el debate se proyectó hasta los fundamentos mismos de los sistemas de la *mora ex persona* y de la *mora ex re*, cuyas bondades y defectos fueron, alternativamente, exaltadas y denunciadas con singular energía.⁷

Por cierto que está muy lejos de nuestra intención adentrarnos en las múltiples cuestiones que la doctrina y la jurisprudencia han debatido acerca del régimen de la mora vigente. Su vastedad excedería con creces todo límite que razonablemente puede darse a este trabajo.

Pero aun cuando hemos de limitarnos al tema de la mora del deudor en las deudas *quérables*, hemos creído oportuno traer a colación la polémica aludida por un doble motivo. En primer lugar, porque el tema que es materia de este trabajo ha sido, precisamente, uno de los que ha dado lugar a mayores controversias, sin que parezca haberse dicho la última palabra. Y en segundo lugar, porque la singular evolución que, sobre todo a partir de la reforma, presenta nuestra materia y de la que nos ocuparemos en el punto siguiente, acaso únicamente dentro de dicho contexto puede obtener una explicación satisfactoria. Es evidente, en efecto, que el afán de extender o reducir el ámbito de aplicación de la “mora automática” ha tenido por efecto centrar inadecuadamente el debate en nuestro tema, favoreciendo la confusión entre el *requerimiento del acreedor*, “modo de constitución en mora”, que representa su elemento formal, y el *deber de recibir el pago*, que integra el deber genérico de cooperación del acreedor, que es un requisito del incumplimiento material que, como presupuesto, integra el elemento objetivo de la mora.

Pasemos, pues, a examinar los antecedentes del tema que nos ocupa.

Pero antes, a modo de portada, queremos recordar las palabras con que Llambías alertaba acerca de los posibles desbordes del nuevo sistema, al destacar que “en buen número de situaciones dejará inerte al deudor frente a un

⁵ LLAMBÍAS, J. J., *Estudio...*, p. 104; GRECO, E. R., *La mora del deudor en la reforma de 1968*, Rev. del Notariado, N° 716, cap. IX, p. 504; ALTERINI, A. A., *La responsabilidad en la reforma civil*, p. 45; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Curso de Obligaciones*, t. I, N° 398, p. 185; BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las Obligaciones*, t. II, § 429, p. 155; BELLUSCIO, A. C.-ZANNONI, E. A., *Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado*, t. II, p. 594, com. art. 509, § 1; WAYAR, E. C., *Tratado de la mora*, § 65, pp. 428/431.

⁶ “...no se justifica la nueva regulación de la constitución en mora —decía LLAMBÍAS— que habrá de traer grandes perturbaciones”. *Estudio...*, p. 515. En sentido análogo, GRECO, E. R., *La mora...*, p. 487, texto y nota 25.

⁷ Particular interés, en este aspecto, presentan, desde posiciones contrapuestas, los comentarios de LLAMBÍAS y BORDA publicados en Jurisprudencia Argentina y El Derecho, que luego serían recogidos en las obras *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711* y *La reforma de 1968 al Código Civil*, respectivamente.

acreedor de mala fe".⁸ Y no hay duda de que, frente a interpretaciones como la que procuramos refutar en esta nota, dichas palabras adquieren un valor verdaderamente profético.

II

LOS ANTECEDENTES

El tema de la prueba de la mora en las obligaciones cuyo lugar de pago es el domicilio del deudor (*dettes quérables*), ha merecido una consideración especial de parte de nuestra doctrina y jurisprudencia desde mucho antes de la reforma de 1968, aun cuando no siempre se lo ha escindido en suficiente medida del "modo de constitución en mora", que es materia distinta e independiente, según habrá de verse.

a) Con anterioridad a la vigencia de la ley 17.711, la doctrina se ocupó reiteradamente del tema.

Salvat lo examina al tratar las excepciones al principio de la necesidad de la interpelación que el art. 509 contemplaba de modo expreso. Con cita de Llerena,⁹ dice allí: "Una observación común a las dos excepciones consagradas en el Código es que ellas se aplican sin dificultad en el caso de obligaciones de hacer o de no hacer. En el caso de obligaciones de dar, por ejemplo, el pago de una suma de dinero, es indispensable tener en cuenta el lugar del pago: si éste debe efectuarse en el domicilio del acreedor, las dos excepciones se aplican aún en este caso sin dificultad alguna; pero si el pago debe verificarse en el domicilio del deudor o en otro lugar designado, es necesario, para que ellas sean aplicables, que el acreedor pruebe que él concurrió oportunamente, sea al domicilio del deudor, sea al lugar donde el pago debía verificarse".¹⁰

A su vez, vinculándolo también a la excepción configurada por el "pacto de mora automática", Rezzónico señala que "cuando el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor éste no incurre en mora si el acreedor no comparece a recibir el pago en el lugar y tiempo propio, a pesar de que se hubiera pactado la mora de pleno derecho por el solo incumplimiento de las obligaciones del deudor, pues esa estipulación no exime al acreedor de prestar su propia cooperación —concurrencia al lugar del pago— que es indispensable para que la prestación debida pueda satisfacerse".¹¹

⁸ LLAMBIAS, J. J., *Estudio...*, p. 100.

⁹ *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. II, com. art. 509, N° 8, p. 408.

¹⁰ *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General*, 6ª ed., t. I, N° 102, p. 114. Véase allí mismo —N° 102a— la opinión contraria de su anotador ENRIQUE V. GALLI.

¹¹ *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*, 9ª ed., v. 1, p. 134, y nota 29. El encomillado es del mismo autor y corresponde al fallo de la CNCiv., publ. en JA, 1960-VI, fallo 3042.

En sentido concordante, aunque quizá con mayores precisiones, Busso destaca, recordando a Enneccerus que “en los casos en que la prestación exige alguna cooperación del acreedor —que no sea la mera aceptación—, por ejemplo, si ha de ir a buscar el objeto de la prestación o dar indicaciones sobre el modo de efectuarla, el requerimiento sólo es eficaz si el acreedor al mismo tiempo ejecuta lo que a él corresponde o, por lo menos, se muestra dispuesto a hacerlo en el momento oportuno”.¹²

Asimismo, en dirección análoga, Llambías calificó la necesidad de la cooperación del acreedor como una “condición extrínseca de idoneidad de la interpelación”, destacando que “el deudor no cae en mora cuando el acreedor deja de prestar la cooperación requerida para el pago”.¹³ Y el mismo autor, al examinar la virtualidad del pacto de mora automática, tras indicar que ella se limita a “suplir la interpelación del acreedor”, sostiene que “esto significa que el solo vencimiento de la obligación importará la constitución en mora del deudor (*dies interpellat pro homine*) siempre que no obste a ello la presencia de alguna de las causales que desvirtúan de eficacia moratoria a la propia interpelación cuando ésta ocurre, a saber, la falta de cooperación del acreedor, que se requiere para la satisfacción de la prestación debida y el incumplimiento de parte del acreedor a sus propias obligaciones conexas”.¹⁴

“Por esto —precisa— se ha decidido que no cae en mora el deudor por el vencimiento de la obligación, no obstante la mora automática pactada, si debiéndose satisfacer la deuda en el domicilio del deudor, no concurre allí el acreedor a recibir el pago”.¹⁵

Y el mismo Borda, para quien la mora es “un concepto puramente objetivo”,¹⁶ admitía que “si el cumplimiento de la obligación requiere la colaboración del acreedor, no habrá mora mientras éste no la preste”.¹⁷

La mentada corriente doctrinaria que, como bien se advierte estaba ya suficientemente consolidada y contaba con el apoyo de autores de singular prestigio, encontró también eco en nuestros tribunales generándose una importante corriente jurisprudencial que reconoce precedentes tanto en la Capital como en el interior del país.¹⁸

¹² Código Civil Anotado, t. III, p. 261, com. art. 509, N° 52.

¹³ Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. I, N° 119, p. 135.

¹⁴ Ob. y t. prec. cit., N° 123, p. 138.

¹⁵ Loc. prec. cit., nota 76.

¹⁶ Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones, ed. 1965, t. I, N° 51, p. 55.

¹⁷ Ob. y t. prec. cit., N° 60, p. 62. Debe precisarse, no obstante, que este autor, luego de recordar el criterio jurisprudencial que, en las deudas *quérables*, exige al acreedor la prueba de su concurrencia a recibir el pago, señalaba que formulada como regla general, la solución debe desaprobarse por excesivo formalismo, propiciando en este punto la eliminación de las reglas rígidas.

¹⁸ CNCiv., sala A, JA, 1980-VI-288 y LL, 101-724; JA, 1962-IV-89 y ED, 1-394; CNCiv., sala D, LL, 125-780, 14.925-S; CNEsp. Civ. y Com., en pleno, JA, 1954-IL-166 y LL, 74-743; SC Buencs Aires, JA, 1966-IV-56; ST Santa Fe, LL, 22-683; CACC Rosario, sala II, Rep. LL, XXVIII-1948, sum. 61; C1°CC y Minas Mendoza, Rep. LL, XXV-1050, sum. 19.

b) Con la sanción de la ley 17.711 y su conocida sustitución del art. 509, se produce la recordada polémica doctrinaria, dentro de la cual nuestro tema constituye tan sólo uno de sus capítulos. Pero tal vez uno de los capítulos más controvertidos y que más han concitado la atención de la doctrina. Aca-so porque, de alguna manera, el tema presenta perfiles que llevan, como de la mano, al nudo central de la polémica, es decir, las bondades y defectos tanto del anterior como del nuevo régimen, y, más aún, ya en pleno campo de la teoría, alternativamente a las del sistema de la *mora ex persona* o a las del de la *mora ex re*.

Llambías fue uno de los primeros entre nuestros autores en ocuparse del tema. Enérgico opositor a la reforma, se apresuró a destacar, con motivo de su crítica ante la ausencia de un principio general en el nuevo art. 509, que “son innumerables las situaciones en que, pese a la existencia de un plazo, su solo transcurso no causará la mora del deudor: así, cuando la deuda deba satisfacerse en el domicilio del deudor, que es el supuesto general si no hay otra indicación sobre el lugar de pago”.¹⁹

La respuesta de Borda no se hizo esperar. En la nota intitulada “La Mora” que integra la serie dedicada a la reforma que publicara El Derecho (29-751)), tras recordar la jurisprudencia —que incluso admitió haber suscripto como juez— que, en las deudas *querables*, exige al acreedor la prueba de su concurrencia a recibir el pago, sostuvo que, después de la reforma, dicha solución “debe ser desechada sin contemplaciones”. “Ante todo —agregó entonces— por razones legales. La ley es clarísima cuando dice que en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento. *Solo vencimiento* (en bastardilla en el original) esto es, ningún otro requisito. De lo contrario ¿qué significado tendría la palabra solo?”. Arguye luego con que la posición contraria “significaría que ningún deudor está en mora mientras el acreedor no ha concurrido al lugar de pago a exigirlo”; sostiene que la de probar la concurrencia al domicilio del deudor “no sólo es una exigencia contraria a la ley, sino también a las costumbres” y concluye: “En suma: en las obligaciones a plazo, la mora se produce por el solo vencimiento, cualquiera sea el lugar del pago. Y si el acreedor se negare a recibirlo, el deudor deberá consignar judicialmente para eximirse de las consecuencias de la mora”.²⁰

Quedaban así sembradas las semillas de la polémica, cuya evolución no deja de ser llamativa.

c) De más rápido crecimiento fue la postura enunciada en primer término, “tradicional” de algún modo, la cual mereció la adhesión del sector mayoritario de la doctrina. En tal sentido, aun cuando la visión global no fuera coincidente, ni lo fuera tampoco el juicio de valor sobre el mérito de la reforma, merecen destacarse los trabajos de Moisset de Espanés,²¹ de Ra-

¹⁹ LLAMBÍAS, J. J., *Estudio...*, p. 105.

²⁰ ED, 29-753/4, Cap. II, N° 3.

²¹ *La mora y la reforma al artículo 509 del Código Civil Argentino*, JA, N° 3156: del 7-X-68 y 1968-V-794 y ss.

ciatti²² —ambos anteriores al ya citado de Borda, y cuya coincidencia no va mucho más allá de la solución del presente supuesto—, Atilio Alterini,²³ Raffo Benegas-Sassot,²⁴ Ramella,²⁵ J. Verdaguer González,²⁶ Roberto E. Greco²⁷ y Cazeaux.²⁸ A dichas expresiones, habrían de sumarse, algún tiempo después, los trabajos de Lloveras,²⁹ Games,³⁰ Alterini-Ameal-López Cabana,³¹ Gagliardo,³² Racciatti³³ un nuevo aporte de Cazeaux³⁴ y los más recientes de Trigo Represas³⁵ y Pizarro-Moisset de Españés.³⁶ Y han de computarse también como antecedentes doctrinarios los votos de los Dres. Augusto C. Belluscio³⁷ y Jorge H. Alterini,³⁸ ambos como integrantes de la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Y merece una mención especial la declaración aprobada por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil que acogió la posición hasta entonces mayoritaria.³⁹

d) La tesis opuesta, de tendencia “reformista”, cuyo principal expositor y su defensor más ferviente había sido Borda,⁴⁰ tuvo inicialmente escaso eco doctrinario.

Aunque la coincidencia es sumamente limitada y se advierten marcadas diferencias con Borda, lo cierto es que en cuanto al tema de la carga de la

²² *Algunas observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia de mora*, JA, Nº 3295 del 5-V-69, y JA, Doctr., 1969, p. 235.

²³ *El derecho de las obligaciones en el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”*, JA, Nº 3447 del 15-XII-69 y JA, Doctr., 1970, p. 210.

²⁴ *Mora (Artículo 509 del Código Civil)*, JA, Nº 3455 del 26-XII-69 y JA, Doctr., 1970, p. 763.

²⁵ *La mora: doctrina en torno al nuevo art. 509 del Código Civil*, LL, 2-XI-1970, y 140-1027.

²⁶ *Consideraciones en torno a la mora del deudor en la reforma (Ley 17.711)*, en Rev. Jur. de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. de Tucumán, 1970, p. 235, Nº 21.

²⁷ *La mora del deudor en la reforma de 1968*, Rev. del Notariado, año LXXIV, Nº 716, marzo-abril, 1971, p. 475.

²⁸ *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, coord. por Morello y Portas, 1971, t. II, p. 12 y en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las Obligaciones*, 1969, t. I, p. 155.

²⁹ *La mora en las obligaciones cambiarias (en torno de la aplicación del art. 509 del Código Civil en materia cartular)*, ED, 54-747.

³⁰ *Acotaciones sobre la constitución en mora en lo civil y comercial*, JA, 19-IX-1975, Serie Cont., t. 28, p. 28.

³¹ *Curso...*, v. I, Nº 404, pp. 187/8.

³² *Régimen de la mora*, ED, 69-825, de la serie *Las reformas civiles (decreto-ley 17.711) anotadas*, dirigida por Atilio A. Alterini.

³³ *Mora y las obligaciones a plazo que deben cumplirse en el domicilio del deudor*, JA, 1978-IV-635.

³⁴ *La mora en el cumplimiento de las obligaciones*, La Plata, Lex, 1977, p. 171.

³⁵ *Mora e indexación en favor del moroso*, Doctrina Judicial, Nº 11 del 15-X-79.

³⁶ *Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones*, ED, 72-791.

³⁷ JA, 28-1975-28.

³⁸ LL, 1978-D-310.

³⁹ *Actas*, Ed. Imprenta Univ. Nac. de Córdoba, t. II, p. 831. El Congreso recomendó, *de lege lata*, interpretar “que si el lugar del pago es el domicilio del deudor, éste no ha menester de probar la inconcurrencia del acreedor al tiempo en que debió efectuarse” (punto 6º).

⁴⁰ *Mora*, ED, 29-753 y *La reforma de 1968...*, Nº 118, pp. 76/9.

prueba en las deudas *quérables*, la tesis que examinó recibió la adhesión de Roque F. Garrido en el trabajo titulado "La mora en la ley 17.711", donde analiza globalmente la reforma.⁴¹

Si bien "con reservas" sobre la argumentación esgrimida por Borda, adhirió también a esta postura el Dr. Luis M. Boffi Boggero en su *Tratado de las Obligaciones* cuyo 2º tomo data de 1973 (§ 429, p. 161).

Un nuevo antecedente doctrinario que puede computarse dentro de esta posición, al menos en cuanto a la carga de la prueba, es la nota de Ignacio Colombes Garmendia que se titula "Algo más sobre la mora automática" y fue publicada en *La Ley* (152-489). En el citado trabajo, donde comenta un fallo de la Corte Suprema de Tucumán, con importante voto del Dr. Fernando J. López de Zavalía —precedente de decisiva importancia en la jurisprudencia posterior— Colombes Garmendia adhiere a la postura de Borda en cuanto a la improcedencia de exigir al acreedor la prueba de su concurrencia a recibir el pago, pero se advierte una clara discrepancia tanto en cuanto afirma que en las deudas *quérables* "indudablemente no puede funcionar el sistema de la mora automática", como en cuanto a la concepción misma de la mora.

"Un peligroso precedente", tituló Borda la nota a fallo publicada en *La Ley* del 7 de febrero de 1975, donde comenta adversamente un pronunciamiento de la sala C de la Cámara Nacional en lo Civil que, con un fundado voto del Dr. Augusto C. Belluscio, exigió al acreedor la prueba de su concurrencia a recibir el pago. En este trabajo Borda insiste sobre los argumentos vertidos al comentar en 1969 la reforma, enfatizando en que la interpretación que combate importa volver al sistema de la interpretación.⁴²

Un par de años más tarde, esta corriente recibe un significativo aporte con la nota del Dr. Jorge Bustamante Alsina titulada "La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio", publicada en *La Ley* (1977-D-831), que ha tenido importancia decisiva en la jurisprudencia posterior. Y el mismo autor, en julio de 1978 publica en *La Ley* la nota "Los jueces y la leyes justas. (A propósito de la *mora ex re*)" donde desarrolla la misma línea de pensamiento. Luego volveremos sobre estos antecedentes.

Y para completar el panorama doctrinario que precedió al plenario de la Cámara Nacional en lo Civil que motiva este trabajo, debemos destacar la aparición de dos nuevos aportes de Borda: la nota titulada "Una saludable reacción", publicada en *El Derecho* (79-263) y el comentario denominado "Hacia un plenario en materia de mora", que publicó *La Ley* el 20 de octubre de 1978 (LL, 1978-D-311), en los que glosa sendos fallos —uno de la sala A de la Cámara Comercial y otro de la sala C de la Cámara Civil— que adhieren a su postura. Sólo nos resta agregar que, con posterioridad al dictado del plenario recordado, esta corriente ha recibido la adhesión de Ernesto Clemente Wayar, cuyo *Tratado de la mora* que data de febrero de 1981

⁴¹ ED, 36-881.

⁴² LL, 1975-A-518.

es indudablemente la obra más completa publicada sobre el tema en nuestro medio.⁴³

e) La jurisprudencia se orientó, en general, por parecidos senderos.

Por aplicación del principio según el cual cuando el cumplimiento de la obligación requiere la colaboración del acreedor, no hay mora del deudor mientras el primero no la preste, la jurisprudencia se inclinó mayoritariamente por considerar que si la obligación debía cumplirse en el domicilio del deudor, no es factible que se lo considere en mora si el acreedor no prueba su concurrencia oportuna a recibir el pago.⁴⁴

La corriente opuesta siguió en la jurisprudencia un proceso análogo al que experimentara en la doctrina.

En un comienzo la tesis que exime al acreedor de probar su presencia a recibir el pago, recibió algunas adhesiones.⁴⁵

Pero luego la teoría sufrió un oscurecimiento jurisprudencial, no obstante que en marzo de 1973 la Corte Suprema de Tucumán, con un importante voto de Fernando J. López de Zavalía, adhirió a esta posición.⁴⁶ Incluso este pronunciamiento, destinado a tener una muy particular significación en la jurisprudencia más reciente, pareciera haber pasado un tanto inadvertido.

En realidad, el vuelco jurisprudencial, de connotaciones casi espectaculares, se produce con un fallo de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dictado el 12 de junio de 1978, donde este Tribunal, revisando su posición anterior, adhiere a la corriente hasta entonces minoritaria. El pronunciamiento tuvo una resonancia muy particular, dando origen a sendas notas aprobatorias de Borda⁴⁷ y Bustamante Alsina⁴⁸ y al comentario adverso de Racciatti.⁴⁹

⁴³ El mismo autor había publicado anteriormente la nota *La mora del deudor cuando su domicilio es lugar de pago*, LL, 1980-C-1129 donde comenta el plenario de la Cámara Civil.

⁴⁴ La jurisprudencia es abundante. A simple título ilustrativo podemos recordar: CN Civ., sala A, 2-XI-74, ED, 49-451; *id.*, 12-XII-72, ED, 51-694; *id.*, 26-VII-73, LL, 153-365; *id.*, 19-VIII-74, ED, 59-246 y LL, 1975-A-563; *id.*, 8-V-75, LL, 1975-C-73; CNCiv., sala B, 26-VII-76, ED, 73-227; CNCiv., sala C, 26-VIII-74, LL, 1975-A-518 y ED, 57-309; *id.*, 1-IV-75, ED, 64-109; *id.*, 27-VIII-77, LL, 1977-C-27; *id.*, 24-X-78, ED, 81-760; CNCiv., sala D, 21-XI-74, ED, 61-241 y LL, 1975-D-410; *id.*, causa 225.663 del 21-II-78; CNCiv., sala E, ED, 77-278; CNCiv., sala F, 5-X-71, ED, 41-526; CNCCom., sala A, 14-IX-76, LL, 1976-D-206; *id.*, 30-IX-76, ED, 71-233; 22-III-77, ED, 73-682; CNCCom., sala B, 18-III-76, ED, 66-628; *id.*, 26-VII-76, ED, 69-227; CNCCom., sala C, 16-II-79, LL, 1979-B-376; CNPaz, sala III, 31-VIII-72, LL, 148-72; CNEsp. Civ. y Com., sala VI, 16-IX-75, LL, 1975-D-323; Cám. 2ª Ap. Mercedes, 5-V-70, LL, 138-827.

⁴⁵ CNCiv., sala C, 7-IV-70, ED, 33-77; CNCiv., sala D, 21-VIII-72, ED, 46-544.

⁴⁶ LL, 152-489.

⁴⁷ *Una saludable reacción*, ED, 79-263.

⁴⁸ *Los jueces y las leyes justas (A propósito de la mora ex re)*, LL, 1978-C-238.

⁴⁹ *Mora y las obligaciones a plazo que deben cumplirse en el domicilio del deudor*, JA, Nº 5078, del 27-XII-78.

Muy poco tiempo después, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría, se pronunció en el mismo sentido. Este pronunciamiento, que data del 15 de agosto de 1978, es quizás el que, en toda nuestra jurisprudencia, contiene el análisis más completo de la cuestión, desde uno y otro enfoque doctrinario. En cuanto al tema que es materia del presente trabajo, la voz del Tribunal la llevó el Dr. Santos Cifuentes, a cuyo voto adhirió el Dr. Agustín Durañona y Vedia, quedando en minoría el Dr. Jorge H. Alterini.⁵⁰

Quedaban así sentadas las bases para la convocatoria a tribunal plenario, como lo vaticina Borda, en su nota aprobatoria al mismo fallo.⁵¹

III

LA DOCTRINA LEGAL DEL PLENARIO DE LA CAMARA CIVIL

a) Tal como lo presagiara Borda, la convocatoria a Tribunal plenario, tratándose de un tema de palpitante vigencia, era poco menos que forzosa.

Y así ocurrió. El Tribunal se reunió en Acuerdo plenario el 21 de marzo de 1980, convocado en los autos "Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Juan, Carlos y Ruiz de Juan, Teresa Delina, s/Ejecución hipotecaria" con el objeto de establecer la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión: "Si en el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor, y la mora fuera de constitución automática, es necesario que el acreedor pruebe que allí se dirigió a recibirlo o basta el transcurso del tiempo para constituir en mora al deudor, debiendo éste acreditar para eximirse de ella que el acreedor no compareció al efecto".

El Tribunal se pronunció en forma impersonal y por ajustada mayoría —el cambio de criterio del que allí deja constancia el Dr. Félix R. de Igarzábal asume decisiva gravitación— fijó la siguiente doctrina legal: "En el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor y la mora fuera de constitución automática, para eximirse de ella el deudor debe acreditar que el acreedor no compareció al efecto". Suscriben el criterio mayoritario los Dres. César D. Yáñez, Félix R. de Igarzábal (con aclaración, Antonio Collazo, Santos Cifuentes, Agustín G. J. Durañona y Vedia, Faustino J. Legón, Marcelo Padilla, Pedro R. Speroni y Jorge E. Beltrán. Por su parte, el Dr. Rómulo E. M. Vernengo Prack se pronunció según su propio voto, con algunos ribetes no exentos de originalidad. Así, en su primer considerando comienza denunciando la "inconstitucionalidad de ambas soluciones", a las que imputa ilegalidad (derogación del art. 509, párrafo 1º, cód. civil) e "irracionalidad", declarándolas fuente de graves inconvenientes. No obstante, luego de votar "por que en las obligaciones en que se ha convenido un plazo cierto se aplique el art. 509 del Código Civil que establece que por el solo ven-

⁵⁰ LL, 1978-D-310.

⁵¹ *Hacia un plenario en materia de mora*, LL, loc. cit. en la nota anterior.

cimiento del plazo el deudor se encuentra en mora, sin necesidad de apersonamientos domiciliarios que no se encuentran ni en la letra ni en el espíritu de la ley y que contrarían la realidad vigente, y de imponerse sería una exigencia imposible de cumplir en la Argentina de 1980”, consigna este agregado: “es decir, aun no estando totalmente de acuerdo, como surge del voto con la doctrina de la mayoría, adhiero a la solución que ésta propugna para este caso declarando que el deudor está en mora”.

La minoría, por el voto de los Dres. Patricio J. Raffo Benegas, Osvaldo D. Mirás, Alfredo Di Pietro, Jorge Escuti Pizarro, Jorge H. Palmieri, Jorge H. Alterini, Edgard A. Ferreyra y Carlos E. Ambrosioni, propició a su vez la siguiente interpretación: “En el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor, y la mora fuera de constitución automática, es necesario que el acreedor pruebe que allí se dirigió a recibirlo”.

Como se advierte, la mayoría obtenida ha sido sumamente ajustada y el tenor de los votos hace presumir un intenso debate. Todo lo cual es suficientemente revelador de que la polémica sostenida por nuestra doctrina y jurisprudencia no ha perdido actualidad. Por el contrario, como bien se ha señalado, el debate continúa abierto y aún pueden esperarse nuevos aportes.⁵²

Por nuestra parte, no dejamos de tener ciertas dudas sobre la eficacia de un plenario donde uno de los votos, sin el cual no hay “mayoría absoluta de los jueces que integran la Cámara” (art. 298, cód. procesal, texto entonces vigente y art. 299 del actual), se aparta por completo de la alternativa que plantea la convocatoria, para pronunciarse con un alcance distinto, que su aclaración final no pareciera salvar de modo suficiente.

Dicha circunstancia, unida a la creación de una nueva sala, torna aconsejable la convocatoria a un nuevo Tribunal Plenario que ratifique o revise una doctrina que, tenemos la impresión, es ya minoritaria en el propio seno de la Cámara Civil.

Pero dejemos de lado estas cuestiones, que no son de nuestra competencia, para centrarnos en la *doctrina legal* establecida en el citado pronunciamiento, que estimamos inexacta y disvaliosa.

b) El pensamiento mayoritario se desarrolla a través de cuatro extensos considerandos donde se exponen distintas líneas argumentales.

La primera de ellas está referida directamente a los textos legales, de los cuales la solución que el voto propone es ofrecida como su interpretación estricta. La segunda línea argumental se vincula con la denominada “concepción dinámica del patrimonio”, la que —se sostiene— consulta “las motivaciones que han llevado al legislador a plasmar la solución dada por el art. 509 del Código Civil”. La solución allí propuesta se adecuaría a las citadas motivaciones y en última instancia a la concepción que la inspira.

⁵² WAYAR, E. C., *Tratado...*, § 74, p. 480.

La restante argumentación tiende a demostrar que no existen objeciones valederas que priven de validez a la tesis admitida. Esta línea argumental es desarrollada en dos planos: uno, el plano estrictamente técnico jurídico, donde, por ejemplo, se examina el tema de la prueba del hecho negativo o el valor de las presunciones; y el otro, el axiológico, donde se intenta la refutación de las críticas que dicha posición ha recibido desde el ángulo de las exigencias de la buena fe negocial.

c) El voto de la minoría, de cuyas conclusiones participo aun sin compartir la totalidad de sus argumentos, parte de la noción y elementos constitutivos de la mora.

Destaca que la mora automática que introduce la reforma no tiene otra virtualidad que suplir la interpelación, pues "para que el deudor incurra en mora deben concurrir los elementos objetivos (vencimiento del plazo y cooperación del acreedor) y el elemento subjetivo (culpa o dolo del deudor)". Insiste en la necesidad de que "se reúnan las condiciones extrínsecas referidas a la cooperación del acreedor y la ausencia de mora de su parte", y concluye en que "es equivocado pensar que el vencimiento del plazo produce siempre la mora del deudor".⁵³

Vuelve luego sobre el deber de cooperación del acreedor, recordando que en las deudas *quérables* el deber de diligencia (conducta activa) pesa sobre el acreedor, y al ser su actividad indispensable, debe probar que cumplió. Su presencia en el domicilio del deudor "integra el presupuesto de hecho de producción de mora en los términos del art. 377 del Código Procesal", sin que el último párrafo del art. 509 sea invocable para sustentar la posición contraria.

Arguye con que no cuadra imponerle al deudor una actividad suplementaria que la obligación no le impone y menos aún la carga de la consignación, argumentado además con las graves dificultades que ofrece al deudor la prueba de falta de asistencia del acreedor, en marcado contraste con la facilidad que tiene para este último la prueba de su asistencia.

Después se extiende en diversas reflexiones sobre el resultado de la interpretación, ángulo desde el que defiende su postura, al tiempo que objeta la conclusión mayoritaria sosteniendo que "se sustituye al legislador... imponiéndole al deudor una carga excesiva, incompatible con otros principios que la misma reforma implantó".

IV

NUESTRA POSICION

1. *En torno a la noción y requisitos de la mora del deudor:*

A) La mora es un estado. Pertenece a la patología de la obligación y puede afectar a cualquiera de sus sujetos.

⁵³ ED, 87-268 y ss.; ver consid. 3º *in fine*.

La noción de mora es sustancialmente una sola y, refiérase ella al deudor o al acreedor, se construye sobre "iguales fundamentos e idénticos principios".⁵⁴

Con ese alcance genérico, la mora puede definirse como *la situación en la que incurre aquel de los sujetos de la obligación a quien puede imputársele, de modo formal y exclusivo, la frustración de su exacto cumplimiento.*

Se trata, por cierto, de una situación "jurídica". Bien entendido que lo es en el sentido de "jurídicamente relevante" y como categoría contrapuesta a la de situación meramente fáctica,⁵⁵ pues no hay duda de que el estado de mora reposa sobre un proceder que es sustancialmente antijurídico y no mera apariencia de antijuridicidad. De ahí que utilicemos el verbo "incurrir" que nos parece suficientemente indicativo de esa nota de ilicitud (en sentido amplio) o antijuridicidad que esta situación supone.

No podemos detenernos aquí en el análisis de la definición, pareciéndonos suficiente destacar que, aun desde este enfoque genérico, puede apreciarse la presencia de sus elementos objetivo, subjetivo y formal, sobre cuya necesaria concurrencia —desconocida muchas veces, al menos en supuestos concretos, como el que da origen a esta nota— insistiremos en el punto siguiente.

Y nos parece necesario también, remarcar que se trata de un estado que presenta perfiles muy nítidos, desde su nacimiento hasta su muerte, nitidez que representa la forzosa contrapartida de la gravedad de sus efectos, según lo hemos destacado anteriormente.⁵⁶

B) La noción de la *mora solvendi* se extrae por simple especificación de la anteriormente adoptada con carácter genérico.

Más ceñidamente, puede definírsela como *la situación jurídica de incumplimiento, formal y exclusivamente imputable al deudor.*

El estado de mora requiere la concurrencia de distintos *requisitos*; denominación en la que comprendemos todos los ingredientes que intervienen en su configuración.

Dentro del género *requisitos* distinguimos por una parte, los *elementos*, factores irreductibles que integran la estructura interna de la situación, vale decir, que la constituyen, y por la otra, los *presupuestos*, que también la preexisten y condicionan su existencia, pero sólo en cuanto son indispensables para

⁵⁴ Fórmula que utiliza la recomendación aprobada, *de lege ferenda*, por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, al propiciar la legislación de la *mora creditoris*.

⁵⁵ Es la expresión que utiliza LLAMBIAS para identificar a la mora, distinguiéndola del simple incumplimiento material. *Tratado... Obligaciones*, t. I, Nº 102, p. 126.

⁵⁶ Ver Cap. I, punto 1 y nota 2.

la configuración de alguno de sus elementos.⁵⁷ En tal sentido, alude Santoro Pasarelli a “aquellos hechos que no concurren a determinar el acontecimiento sino un acontecimiento distinto sin el cual el nuevo no puede tener lugar. A tales hechos —prosigue el mismo autor— se les puede dar el nombre, por lo demás de muy variado significado en el lenguaje jurídico, de presupuestos”.⁵⁸

C) La dilucidación de la controversia que gira en torno al problema al que se refiere esta nota, nos impone una referencia, que procuraremos reducir a su mínima expresión, a los elementos de la mora, como también a los presupuestos que resultan relevantes.

a) Para la concepción tradicional, estructurada en nuestra doctrina, como es obvio, en base al sistema de la *mora ex persona* adoptado por el Codificador, la mora del deudor supone tres elementos: *su retardo en el cumplimiento, su dolo o culpa y la constitución en mora*.⁵⁹

Por su parte, antes de la reforma, Borda sostuvo, en posición que permaneció aislada en nuestro derecho, que “los elementos *normales* de la mora son dos: a) el *retardo* del deudor en el cumplimiento puntual; b) la *interpelación* del acreedor exigiendo el cumplimiento: es lo que se llama la *constitución en mora*. Decimos que éstos son los elementos *normales* de la mora, porque a veces ésta no requiere interpelación: basta el sólo retardo”. Y luego de recordar que la mayor parte de la doctrina agrega “un tercer elemento: la *culpa o dolo del deudor*”, el mismo autor afirma: “A nuestro jui-

⁵⁷ En la doctrina, los que hemos indicado como “requisitos” aparecen con distintas denominaciones, tales como “factores”, “condiciones”, “presupuestos”, “elementos” o, incluso “requisitos” sin que, en general, se efectúen mayores discriminaciones.

Por nuestra parte, como juez integrante de la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, utilizamos preferentemente la expresión “presupuestos”, usándola como sinónimo de elementos. Así, en la causa publicada en El Derecho (80-732), señalamos “que el estado de mora no depende en forma exclusiva del mero vencimiento del plazo —su virtualidad no es otra que tornar innecesaria la interpelación— sino que, además del «hecho constitutivo», requiere la concurrencia de los siguientes *presupuestos*: a) incumplimiento material; b) imputabilidad, y c) ausencia de factores impositivos. Sólo en presencia de tales *elementos*, el vencimiento del plazo o, en su caso, la interpelación, operarán eficazmente como hecho constitutivo del estado de mora”.

El esquema que utilizamos en el texto —aunque advierto que no soy un ferviente admirador de los esquemas— nos parece preferible en cuanto permite ver con mayor nitidez la particular función de todos y cada uno de los ingredientes de la mora. Nos lo ha sugerido la lectura del *Tratado de la mora* de WAYAR, aun cuando nos apartemos de su clasificación.

⁵⁸ *Doctrinas generales del derecho civil*, Rev. de D. Priv., Madrid, 1974, p. 111, Nº 20.

⁵⁹ SALVAT, R., ob. y t. cit., Nº 87, p. 103; LAFAILLE, H., *Derecho Civil*, t. VI, *Tratado de las Obligaciones*, v. I, Nº 159, pp. 158 y ss.; REZZÓNICO, L. M., ob. y t. cit., p. 127; BUSO, E., no obstante algún matiz distintivo en la enunciación formal, debe considerarse adscripto al mismo esquema. Ver ob. y t. cit., p. 247, com. art. 508, Nº 1; com. art. 509, p. 256, Nº 1, p. 257, Nº 11 y p. 258, Nº 22.

cio, sin embargo, éste no es un elemento constitutivo de la mora, que es un concepto puramente objetivo".⁶⁰

Otra corriente, en cambio, destacó que, además del retardo, la imputabilidad y el requerimiento, era necesaria la presencia de un nuevo elemento: la *subsistencia de la posibilidad de la prestación en interés del acreedor*. Si dicha posibilidad desaparece —ha señalado Greco— “no se transita por la situación de mora: el retardo imputable equivale a incumplimiento definitivo”.⁶¹ Esta posición que en la doctrina extranjera cuenta con el respaldo de voces muy autorizadas⁶² fue, sin embargo, extraña a nuestra doctrina tradicional, como se advierte con sólo cotejar los ejemplos que traen los distintos autores al examinar la hipótesis prevista por el art. 509, inc. 2º del Código Civil en su redacción original, como también al incluir entre los supuestos de “mora sin interpelación” a la hipótesis de imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor.⁶³ Lo cual no significa que pasara totalmente inadvertida, como que la distinción es clara en Galli⁶⁴ y ha sido igualmente recogida por Morello⁶⁵ y por Cazeaux.⁶⁶ Con mayor detenimiento, que incluye un minucioso análisis del régimen anterior y posterior a la reforma de 1968, el tema fue examinado por Greco, que incluyó la *subsistencia de la posibilidad de la prestación en interés del acreedor* como uno de los elementos de la mora del deudor.⁶⁷ Bustamante Alsina,⁶⁸ y más recientemente Wayar se pronunciaron en el mismo sentido, profundizando el último diversos aspectos de la distinción.⁶⁹

⁶⁰ *Tratado cit.*, t. I, N° 51, p. 55, donde cita las opiniones de PUIG BRUTAU, VON THUR y DI BLASI.

⁶¹ Conf. nota cit., Rev del Notariado, N° 716, p. 477, Cap. II, ap. b).

⁶² CHIRONI, J. P., *La culpa en el derecho civil moderno*, N° 325, p. 788; GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. II, N° 45, p. 88; BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, v. III, pp. 247 y 253/8; BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema de derecho privado*, t. III, N° 638, pp. 105/6; CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, parág. LXX, III, p. 220; PUIG PEÑA, F., *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y Contratos*, t. IV, v. I, p. 222; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., *Derecho de obligaciones*, p. 199; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del Derecho Civil*, t. I, v. II, p. 424; SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, t. III, *Derecho de obligaciones*, p. 537; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de derecho civil español*, t. III, p. 204; para limitarnos —y a sólo título enunciativo— a la doctrina italiana y española. Estos autores, por lo general, incorporan este elemento a su propia definición de mora.

⁶³ En el sentido indicado en el texto pueden verse los ejemplos de *mora ex re* que incluyen SALVAT, ob. y t. cit., N° 100, p. 111; LAFAILLE, H., ob. y t. cit., N° 163, p. 162; COLMO, A., *De las obligaciones en general*, 3ª ed., N° 94, p. 74; REZZÓNICO, L. M., ob. y t. cit., p. 135; LLAMBIAS, J. J., *Obligaciones*, t. I, N° 124, p. 155 y N° 131, pp. 162/3; BORDA, G. A., *Obligaciones*, t. I, N° 65, p. 68 y N° 69 y 70, p. 70.

⁶⁴ Conf. sus adiciones a SALVAT, ob. y t. cit., N° 100a, pp. 112/3.

⁶⁵ MORELLO, A. M., sus adic. a DE GÁSPERI, *Obligaciones*, t. I, N° 785, p. 217; y *La mora*, Rev. Notarial del Col. de Escribanos de la Prov. de Bs. As., N° 751, p. 1897.

⁶⁶ Ob. cit., t. I, p. 150.

⁶⁷ Nota cit. Rev. del Notariado, N° 716, p. 477.

⁶⁸ *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, N° 191, p. 84 y nota 110.

⁶⁹ *Tratado cit.*, § 6, 9, 17d y 46. También PIZARRO-MOISSET DE ESPANÉS, nota cit., ED, 72-791.

Esta comprensión, implícitamente descartada por importantes sectores doctrinarios,⁷⁰ ha sido entre nosotros cuestionada por Atilio A. Alterini, de modo expreso. “Se ha objetado —dice este autor— por entenderlo contradictorio, que haya mora cuando promedia inexecución que frustra la prestación: aquélla cubriría el mero retardo, incompatible con ésta. Sin embargo, entendido el estado de mora como la aquiescencia de acreedor y deudor acerca del incumplimiento de éste, sólo resulta haber incompatibilidad lógica entre el daño moratorio (art. 508) y el daño compensatorio (art. 519), pues la mora es presupuesto de la responsabilidad del deudor y habilita otros importantes efectos más allá de la indemnización del daño moratorio...”. “La mora, por su permanencia —agrega más adelante— implica un estado que perdura hasta tanto se lo purgue, como ocurre cuando el deudor —aunque tardíamente— realiza el cumplimiento específico de la prestación debida (art. 725, cód. civil) o cuando cumple por equivalente a través del pago de la indemnización que corresponde (art. 505, inc. 3º). El estado de mora que así se purga tiene comienzo, en estos dos supuestos, a partir del incumplimiento: en el primero, el deudor puede todavía cumplir útilmente; en el segundo, la prestación específica resulta frustrada por su culpa, pero en ambos casos la mora arranca del incumplimiento y subsiste hasta la purga”.⁷¹

Y ha de recordarse aquí que la posición precedentemente enunciada concuerda con la Recomendación aprobada *de lege ferenda* por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, al propiciar la sustitución del art. 509. Allí, luego de proponerse “la necesidad genérica del requerimiento judicial o extrajudicial del deudor”, se incluye entre otras, las siguientes excepciones: “d) Cuando el deudor haya manifestado su voluntad de no cumplir la obligación, o *incurrido en incumplimiento que la frustre*, o si la interpelación se ha hecho imposible a causa del deudor”.

Por nuestra parte, no desconocemos que entre el *retardo*, que supone una prestación “todavía posible y útil”, y la inexecución o incumplimiento absoluto, que la excluye, existen obvias diferencias que no pueden dejar de proyectarse en la regulación jurídica de ambas situaciones.⁷²

Sin embargo, nos hemos inclinado siempre —no sin vencer algunas vacilaciones, bueno es reconocerlo— por compartir la comprensión que no encuentra una completa incompatibilidad entre la situación de mora y el incumplimiento absoluto, tal como lo ha señalado Alterini.

En nuestra opinión, el análisis conjunto de las disposiciones legales que se refieren a la mora, más aún después de la reforma, permite concluir que

⁷⁰ Por lo general admitiendo como hipótesis de mora supuestos de incumplimiento definitivo.

⁷¹ *El derecho de las obligaciones en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, JA, Nº 3447 del 15-XII-69 y JA, Doctr., 1970, p. 210 y *Responsabilidad-mora-enriquecimiento sin causa*, 1970, p. 36. En el mismo sentido ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. II, Nº 410, pp. 191/2.

⁷² El tema es abordado con sumo detenimiento por WAYAR en su *Tratado de la mora*, § 6, 9, 17f y 46, pp. 79 y ss., 107 y ss., 137 y 294 y ss.

en nuestro ordenamiento, ella está aprehendida en un sentido genérico, comprensivo de la situación de mero retardo como de la de incumplimiento absoluto. La obvia exclusión del daño compensatorio cuando a pesar del retardo subsiste la posibilidad de cumplimiento útil⁷³ y la inaplicabilidad de la *perpetuatio obligationis* al supuesto del incumplimiento definitivo no parecen suficientes para prevalecer sobre la comunidad de otros importantes efectos,⁷⁴ previstos siempre por la ley como consecuencia de "la mora". Esta conclusión lleva implícita, por cierto, la negativa de que la "conversión" prevista por el art. 889 del Código Civil para el supuesto de incumplimiento definitivo imputable al deudor configure una hipótesis de novación, y la afirmación de la validez de la distinción entre el "daño al interés positivo" y el "daño al interés negativo".⁷⁵

No es ésta la ocasión de detenerse en el análisis de estos temas, merecedores en realidad de mayores reflexiones, pues nuestra intención no ha sido otra que enunciar los elementos de la mora del deudor.

Pero acaso no sea superfluo precisar que en nuestro derecho, al menos, no parece haber otra alternativa que la siguiente: a) restringir la noción de la mora a los supuestos de retardo imputable cuando subsiste la posibilidad de cumplimiento útil, y en relación al incumplimiento absoluto imputable admitir, como lo hace Wayar, que "esta situación es asimilada a la mora, rigiéndose en parte por las reglas de ésta"⁷⁶ o b) aceptar que la mora admite una acepción genérica que abarca las especies del "mero retardo imputable" y del "incumplimiento definitivo imputable", con las distinciones, en cuanto a su régimen, que derivan de su diversa materialidad, pero con una comunidad de requisitos y efectos que justifica su reunión en un género común.

En la opción, nos inclinamos por la segunda alternativa.

Con este alcance, adherimos a la posición de nuestra doctrina tradicional admitiendo que la situación de mora requiere la concurrencia de tres elementos constitutivos: a) un *elemento objetivo*, representado por el incumplimiento material; b) un *elemento subjetivo*, la imputabilidad del incumplimiento a título de dolo o culpa, y c) un *elemento formal*, el modo de constitución en mora o "hecho constitutivo" que puede consistir en la "interpelación" o el "solo vencimiento" (del plazo).

Como en el tema que da origen a esta nota están involucrados aspectos que se relacionan con cada uno de los elementos, resulta indispensable una mínima referencia a cada uno de ellos.

⁷³ No parece darse tal incompatibilidad en la hipótesis inversa, pues el monto que representa el "daño compensatorio al interés positivo del acreedor", va invariablemente acompañado —en la praxis judicial, que traduce en toda su vitalidad la realidad jurídica— de la condena accesoria de *intereses*, que reparan el retardo en el pago del daño compensatorio.

⁷⁴ Véase *supra*, nota 2.

⁷⁵ Sobre esta distinción, LLAMBÍAS, *Tratado...*, cit., *Obligaciones*, t. I, N° 242, pp. 296/7.

⁷⁶ *Tratado...*, § 6, d, 2, p. 100.

b) El *elemento objetivo de la mora*, necesario punto de partida para establecer su existencia, es el incumplimiento material que, como lo señala Llam-bías, consiste en “un comportamiento en infracción a lo debido”.⁷⁷

Acerca del *ámbito propio del incumplimiento*, nos parece adecuada la noción que proporciona Wayar, cuando, luego de sostener la necesidad de ofrecer un concepto objetivo que abarque todas las hipótesis posibles lo define como *la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados que impide u obstaculiza su realización*.⁷⁸

Interesa aquí destacar, con el mismo autor, que si bien, en general, la doctrina lo refiere a la persona del deudor, el incumplimiento “es una situación que puede presentarse por inconducta de cualquiera de los sujetos; las más de las veces será el deudor quien incumpla, pero también el acreedor que no coopera provoca esta situación anormal”.⁷⁹

De su nota específica, la *antijuridicidad*, dice Orgaz que “es el carácter... que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo, considerado éste en su totalidad”; que “se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción u omisión), a las normas de un sistema dado de derecho” y que “se aprecia, en consecuencia, por comparación entre ese hecho y la prohibición o el mandato legal”.⁸⁰

Esta contrariedad al ordenamiento puede darse tanto en órbita extra-contractual como en ámbito contractual. En este último campo, al establecer que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, el art. 1197 del Código Civil eleva las disposiciones contractuales al rango de normas de derecho objetivo, razón por la cual su transgresión importa “antijuridicidad”, es decir, constituye un ilícito objetivo.⁸¹

Y no está de más insistir en que esa calificación de *antijurídico* la merece no sólo el obrar del deudor, sino que también le cuadra a la conducta del acreedor que no se ajusta a la que la relación jurídica le impone. “Quien deja de cumplir o cooperar en el tiempo que debía hacerlo —señala Alterini al respecto— incurre en *incumplimiento*, que, como tal, es *antijurídico* (en el sentido de ilícito objetivo)”.⁸²

⁷⁷ Tratado... cit., *Obligaciones*, t. I, N° 102, p. 126.

⁷⁸ Tratado... cit., § 4, d, p. 75.

⁷⁹ Loc. prec. cit., p. 76, nota 82 *in fine*.

⁸⁰ *El acto ilícito*, LL, 16-XI-70; 140-1009.

⁸¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría de los contratos*, § 18, t. I, p. 166; ALTERINI, A. A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, N° 71, p. 70; GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 51.

⁸² *El incumplimiento considerado en sí propio*, N° 15, p. 38.

Ahora bien, como sabemos, para una corriente doctrinaria que en el decir de Barassi —según lo recuerda Llambías— ha llegado a ser *communis opinio*, la obligación constituye un vínculo jurídico complejo.⁸³

Si en una primera aproximación la obligación se nos puede aparecer como una simple relación *poder - deber* (del primero investido el acreedor; el segundo gravitando sobre el deudor), un examen más detenido revela su completa insuficiencia.

“La relación de obligación —destaca Wayar— *no se agota* en la ecuación poder - deber; ella impone a los sujetos que la protagonizan (acreedor - deudor) “deberes secundarios de conducta” que obligan al *acreedor* a observar un determinado comportamiento de cooperación (deberes jurídicos) y confieren al *deudor* la facultad de exigir su cumplimiento, al tiempo que *ensanchan* su propio deber de prestación”.⁸⁴

Por nuestra parte, como juez de la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, hemos tenido reiterada ocasión de acentuar, con especial referencia a la obligación de escriturar, la significativa relevancia de las denominadas “cargas o deberes secundarios de fidelidad o de conducta” que en relación al deudor acompañan al deber primordial —cumplir la prestación— y que han podido justamente ser calificados por Morello como “una de las más ricas manifestaciones del principio de buena fe de cumplimiento”.⁸⁵

Recordamos en dichas oportunidades que tales cargas alcanzan por igual a ambas partes y comprenden toda la actividad de cooperación y diligencia necesaria para que el cumplimiento —generalizando la solución— sea posible en el tiempo previsto.⁸⁶

Pues bien, la situación de incumplimiento supone la infracción de un deber jurídico, trátase del deber primario o de un deber secundario, impuestos por la obligación. Como lo ha destacado Morello —bien que dentro de un esquema diverso— “el incumplimiento de los (deberes) secundarios también importa una *quiebra* de la relación contractual, o sea, un incumplimiento liso y llano que, a tenor del contexto de la obligación generada por el contrato, puede revestir importancia decisiva a los fines de la responsabilidad consecuente”.⁸⁷

En suma, pues, el *incumplimiento*, en sentido lato, es conducta *antijurídica* frustrante del pago, en la que puede incurrir tanto el deudor como el acreedor y que se configura por la infracción a un deber jurídico (aún secundario) nacido de la obligación.

⁸³ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 8, p. 16; BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1946, t. I, N° 13, p. 44.

⁸⁴ *Tratado de la mora*, § 43, p. 265, donde incluye una enunciación de potestades y deberes que alcanzan a acreedor y deudor.

⁸⁵ *Acerca del plazo para escriturar*, Rev. del Notariado, N° 748, p. 901.

⁸⁶ CNCiv., sala A, 5-VIII-77, ED, 75-180; id., 9-VIII-78, ED, 80-597; id., 6-IV-78, ED, 80-732; etcétera.

⁸⁷ *Indemnización del daño contractual*, p. 73, nota 134.

Y nos parece adecuado, incluso a riesgo de sobreadundar, indicar que si bien la expresión *antijurídica* corresponde a una categoría objetiva, ello no significa que se trate de una mera apariencia y, menos aún, que permita un análisis superficial. Por el contrario, para que pueda hablarse de *incumplimiento* es necesaria la concurrencia de diversos requisitos —que le son *proprios* y operan como presupuestos de la mora— sin cuya presencia la referida situación no llega a configurarse. Pienso que pecaría de simplista la afirmación de que el mero conocimiento del plazo y la prestación son suficientes para establecer la existencia de incumplimiento en cualquier supuesto, pues dicha comprensión ignoraría por completo la existencia de los “factores impositivos” que, en realidad, lo son del incumplimiento y no directamente de la mora. En suma, sólo habrá incumplimiento cuando, estando dadas todas las circunstancias necesarias para que el pago *pueda* realizarse, el mismo no sea llevado a cabo por el deudor.

c) Para que el incumplimiento material adquiera relevancia jurídica es necesario añadirle, por lo pronto, un nuevo ingrediente, la *imputabilidad*, que constituye el elemento subjetivo de la mora.

“En lenguaje jurídico, lo mismo en el derecho civil que en el penal —ha dicho Orgaz— *imputar* es atribuir a una persona un delito o una acción u omisión contrarias a la ley, con el objeto de hacer a aquélla responsable de las consecuencias (si se dan, generalmente, otras condiciones)”.⁸⁸

Ahora bien, “para que se pueda computar la actividad del deudor a fin de exigirle la consiguiente responsabilidad —para decirlo con palabras de Llam-bías— es necesario que el agente no sólo sea el autor material de incumplimiento de la obligación sino la *causa inteligente y libre* de ese comportamiento, pues de otra manera no habría razón suficiente para adjudicarle el hecho como obra suya”.⁸⁹

Y el mismo autor, luego de destacar la existencia de una *imputabilidad de primer grado*, que adjudica al agente la conducta que ha obrado y que configura un acto voluntario, agrega que “ello no basta para que se justifique la imposición de una sanción al deudor: para esto será menester que la actividad del deudor suscite una idea de *reproche* o censura, que es lo que hace legítima la sanción aplicada al responsable, es decir, a aquel a quien se exige responsabilidad. Esta es una *imputabilidad de segundo grado* que aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir la prestación a que estaba sujeto, lo que se llama *dolo*, o cuando ese incumplimiento es igualmente reprochable, aunque en menor grado, por haber omitido “las diligencias que exigiera la naturaleza de la obli-

⁸⁸ *La culpa*, Nº 6, p. 31.

⁸⁹ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, Nº 143, p. 181; ver también del mismo autor, *El derecho no es una física de las acciones humanas. Reflexiones sobre el fundamento de la responsabilidad civil*, LL, 107-1015.

gación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512). A esto se llama *culpa*".⁹⁰

Ahora bien, la filiación subjetiva de nuestro Código Civil fue admitida por la doctrina y la jurisprudencia casi sin discrepancias, comprensión que fluía sin dificultades del art. 513, cuya parte final eximía de responsabilidad al deudor que "hubiese ya sido constituido en mora (entiéndase «*hubiese incurrido en incumplimiento material*»)... motivada por caso fortuito o fuerza mayor.⁹¹ Como expresión doctrinaria aislada podía registrarse con anterioridad a la sanción de la ley 17.711 la opinión de Borda, para quien "los elementos normales de la mora son dos: a) el *retardo* del deudor en el cumplimiento puntual; b) la *interpelación* del acreedor exigiendo el cumplimiento: es lo que se llama la *constitución en mora*". "La mayor parte de los autores —decía más adelante— agregan un tercer elemento: la *culpa* o *dolo* del deudor, pues de lo contrario, afirman, el retardo no le es imputable. A nuestro juicio, sin embargo, éste no es un elemento constitutivo de la mora, que es un concepto puramente objetivo".⁹²

Con posterioridad a la sanción de la ley 17.711, la posición mayoritaria se ha visto robustecida. Bien se ha dicho que "la reforma de 1968 vino a eliminar definitivamente toda controversia".⁹³

En efecto, al disponer que "para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable", sólo puede interpretarse coherentemente, como lo hiciera el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, "que el 4º párrafo del art. 509 subraya la exigencia de culpa como presupuesto de la responsabilidad",⁹⁴ interpretación que, sin duda puede considerarse prevaleciente.⁹⁵

Y digo prevaleciente, o quizás mejor netamente mayoritaria, por cuanto, con posterioridad a la reforma, Borda ha mantenido su anterior posición. Así en su recordada nota sobre la mora en la reforma, tras referirse a su posición anterior, manifiesta: "no creemos que nada de lo sostenido por nosotros sea

⁹⁰ *Tratado* cit., loc. cit., p. 182.

⁹¹ La nómina de autores enrolados en esta comprensión es extensa. En nuestra doctrina existía virtual unanimidad acerca de este punto.

⁹² *Tratado* cit., *Obligaciones*, t. I, N° 51, p. 55.

⁹³ GRECO, nota cit., p. 479.

⁹⁴ Limito la cita a este aspecto, por cuanto la siguiente aclaración del Congreso —"de manera que habilita al deudor a excusar su incumplimiento material cuando no concurre la necesaria colaboración del deudor"— introduce una cuestión ajena al tema de la imputabilidad, y por lo demás no fácilmente compatible con el punto 6º de la misma Recomendación.

⁹⁵ LLAMBIÁS, J. J., *Código Civil Anotado*, t. II-A, com. art. 503, N° 3, p. 93; ALTERINI, ATILIO, *El derecho de las obligaciones...*, cap. II, ap. 6; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Curso* cit., t. I, N° 409, p. 190; BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado* cit., t. II, pp. 140 y ss.; GRECO, *La Mora...*, p. 479; RACCIATTI, *Algunas observaciones...*, JA, Doctr., 1969, p. 237; MOISSET DE ESPANÉS, L., *La mora y la reforma...*, JA, 1968-V-798; CA-

contradictorio con lo dispuesto en el último párrafo del art. 509; por el contrario, pensamos que esa disposición se adecua perfectamente a nuestra tesis. Se distingue entre la mora y las responsabilidades derivadas de ella; y se afirma que no habrá responsabilidad si el deudor prueba que ella no le es imputable. En otras palabras, puede haber una mora no imputable que no genera responsabilidad. Es exactamente lo sostenido por nosotros".⁹⁶

Por nuestra parte, no vacilamos en compartir la posición mayoritaria, única compatible con la noción de mora que hemos enunciado anteriormente. No dejamos de reconocer que la pura y simple literalidad del texto en cuestión, algún apoyo puede prestar a la postura objetiva enunciada por Borda. Mas no creemos que en este caso la simple letra de la ley puede constituir el elemento decisivo de interpretación.

En definitiva, al haber quedado subsistente el último apartado del art. 513, el párrafo final del art. 509 nada innova en cuanto a la imputabilidad como requisito de la mora, razón por la cual bien ha podido decirse que, bajo ese aspecto, la modificación era innecesaria y sobreabundante.⁹⁷

Cierto es que el mentado párrafo final del art. 509 se refiere también a la carga de la prueba de la imputabilidad del incumplimiento. Empero, tal como se verá en el punto siguiente, tampoco en este aspecto la reforma de 1968 ha introducido innovación alguna con relación a lo que la doctrina y la jurisprudencia habían admitido con anterioridad.

d) En estrecha vinculación con el requisito de la imputabilidad se nos presenta la cuestión relativa a la *prueba de la culpa*, cuya solución adquiere significativa importancia para dilucidar el conflicto que nos ocupa. Sólo en esta medida haremos una breve referencia al tema, cuyo examen detenido excedería el marco de este trabajo.

Para la doctrina clásica, en el ámbito de la responsabilidad contractual no es necesario en principio probar la culpa del deudor en el incumplimiento de la obligación. Así lo recuerda Llambías, destacando que "lo único que debe

RRANZA, J., *Reflexiones críticas acerca de la mora en la reforma del Código Civil (Hacia un derecho contractual más justo)* Rev. del Col. de Abog. de Córdoba, N° 4, 1978, p. 33. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *Teoría General...*, N° 191 y ss., p. 84 y ss.; GAGLIARDO, M., *La mora en el derecho civil y comercial*, p. 19; VERDAGUER GONZÁLEZ, J., *Consideraciones en torno a la mora...*, p. 236; COLOMBRES GARMENDIA, J., *Algo más sobre mora automática*, LL, 152-491; RAMELLA, A., *La resolución por incumplimiento*, § 22, p. 69; PIANTONI, M. A., *La mora del deudor*, p. 99 y ss.; A. C. BELLUSCIO-E. A. ZANNONI, *Código Civil...*, t. 2, com. art. 508, N° 3, p. 588; WAYAR, E. C., *Tratado...*, § 54, ap. a, N° 2, p. 342.

⁹⁶ *La reforma del Código Civil. Mora*, ED, 29-756, N° 8. En el mismo sentido MIQUEL, J. L., *Resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 128.

⁹⁷ BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado...*, t. 2, p. 159; GRECO, R. E., *La mora del deudor...*, p. 478; WAYAR, E. C., *Tratado...*, § 54, ap. a, N° 2, p. 342.

probar el acreedor es el incumplimiento del deudor, pero establecido ello, queda admitida la culpa de éste que va implícita en ese incumplimiento”.⁹⁸

Pero no existe uniformidad de pareceres acerca de las razones que sustentan la exención. Para Salvat se trata de la simple aplicación de “los principios generales que rigen el cargo de la prueba... la culpa del deudor resulta de la inejecución misma de la obligación”.⁹⁹ Llambías, cuya posición compartimos, considera por su parte que el solo juego de las reglas del *onus probandi* no explica la dispensa, dado que la culpa es un presupuesto de la responsabilidad del deudor. Surge así la necesidad de acudir a la presunción de culpa, presunción *hominis* que atiende a lo que ocurre generalmente (*ex eo quod plerumque fit*) y que tiene carácter provisional hasta la prueba en contrario.¹⁰⁰

La validez de la presunción de culpa ha sido puesta en tela de juicio en el supuesto en que la obligación incumplida es de las denominadas “obligaciones de medio”, categoría contrapuesta a la de “obligaciones de resultado”, según la conocida clasificación que sistematizara Demogue.¹⁰¹

Por nuestra parte, no sin fundadas reservas —que hoy mantenemos— especialmente en cuanto a su aplicación indiscriminada, hemos aceptado en líneas generales la validez del esquema.¹⁰² Pero no creemos que la distinción introduzca una diferencia de régimen jurídico acerca de la prueba de la imputabilidad. Al acreedor siempre le incumbe probar el incumplimiento material, del cual la ley induce la existencia de la culpa del deudor. Sólo que, como lo ha destacado Llambías, tratándose de una obligación de medio “por

⁹⁸ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 168, p. 207; SALVAT, R., ob. y t. cit., N° 140, p. 149 y opinión de su anotador E. V. GALLI, N° 121 b, p. 132; LAFAILLE, H., ob. y t. cit., N° 180, p. 173; BUSO, E., ob. cit., t. III, p. 258, com. art. 509, N° 18; COLMO, A., ob. cit., N° 130, p. 103; REZZÓNICO, L. M., ob. y t. cit., p. 158; BORDA, G. A., *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 105, pp. 95/ 6.

⁹⁹ Ob. y t. cit., N° 141, p. 150.

¹⁰⁰ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 169, p. 208.

¹⁰¹ *Traité des obligations*, t. V, N° 1230, p. 524 y N° 1237, p. 541. Aun cuando hoy es ya materia de uso corriente en nuestro derecho, no parece ocioso recordar que el núcleo de la distinción radica en que, mientras en las “obligaciones de resultado” el deudor se compromete “estrictamente a algo”: conseguir un efecto u objetivo determinado —resultado, que espera el acreedor—; en las “obligaciones de medio”, en cambio, la prestación sólo consiste en una actividad diligente que procura un objetivo que el acreedor espera y a cuyo logro aparece como conducente, pero sin que ese resultado integre el objeto de la obligación. Como trabajos específicos sobre el tema, merecen mencionarse: MARTÍNEZ RUIZ, R., *Obligaciones de medio y de resultado*, LL, 90-756; SPOTA, A. G., *El comodato y las obligaciones de medio y de resultado*, JA, 1956-I-384; ALSINA ATIENZA, D., *La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de “medio” y obligaciones de “resultado”*, JA, 1958-III-587; BUSTAMANTE ALSINA, J., *Prueba de la culpa*, LL, 99-886; BORDA, G. A., *Problemas de la culpa contractual*, LL, 111-925; ALTERINI, JORGE H., *Obligaciones de resultado y de medios*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, p. 700; BELLUSCIO, A. G., *Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios*, LL, 22-VI-79; DE LA FUENTE, H. H., *Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación*, LL, N° 205, del 3-XII-79.

¹⁰² Conf. nuestro voto como juez de la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, en el fallo registrado en ED, 74-560.

una razón de hecho y no de derecho, no siendo escindible el «incumplimiento» del deudor, de su «culpa», puesto que el incumplimiento consiste acá en la culpa del deudor, el acreedor, precisado a probar, como siempre, el incumplimiento, ha menester, en este caso llegar a establecer la culpa de aquél. Es una imposición de los hechos —agrega el mismo autor— y no una exigencia del régimen jurídico aplicable que sigue siendo en este aspecto el mismo para una y otra clase de obligaciones consideradas”.¹⁰³

El interés de la cuestión, en orden a nuestro tema, radica en la posibilidad de alegar la “ausencia de culpa” como eximente de responsabilidad, diverso del caso fortuito, posibilidad que un sector de la doctrina admite en relación a las obligaciones de medio.¹⁰⁴

Para Llambías, en cambio, “en el ámbito de la *responsabilidad contractual* no hay *tertium quid*: siempre la ausencia de culpa coincide con un caso fortuito, de manera de no ser posible... el desdoblamiento de una culpa del deudor en conjugación con una fuerza mayor eximente de responsabilidad”. “En cuanto al caso fortuito, siempre su prueba le corresponde al deudor, pero en las obligaciones de medio, si está demostrada la culpa del deudor, queda por ello mismo eliminada la posibilidad del *casus* que es lógicamente incompatible con aquella culpa”.¹⁰⁵

Esta postura, que compartimos, nos lleva a concluir que sólo la prueba del caso fortuito excluye la imputabilidad del deudor, y por ende, lo exime de las consecuencias de su incumplimiento.¹⁰⁶

e) El *elemento formal de la situación de mora* está representado por el llamado “modo de constitución en mora”, expresión que no deja de tener resonancias del que fue nuestro sistema tradicional.

Ya hemos visto que la gravedad de la mora justifica que el instante de su nacimiento quede definido con los más nítidos perfiles.

Por ende, el *modo de constitución en mora* no es sino el *hecho jurídico cuyo acaecimiento* —supuesta la concurrencia del incumplimiento imputable— *determina el preciso momento en que la situación de mora queda configurada*.

Ahora bien, como es sabido dos son los sistemas de constitución en mora que conoce la ciencia jurídica, que por cierto nunca se dan en estado puro en sus concreciones legislativas.¹⁰⁷ El sistema de la *mora ex persona*, donde el elemento formal está representado por el *requerimiento* del acreedor, y el sis-

¹⁰³ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 171, pp. 212/3.

¹⁰⁴ GALLI, E. V., sus adiciones a R. SALVAT, ob. y t. cit., N° 121a, p. 132; MARTÍNEZ RUIZ, R., nota cit.: BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría...*, N° 826/7 y 830, pp. 255/7, y nota cit., p. 892; BUERES, A. J., *Responsabilidad civil de los médicos*, pp. 189/90.

¹⁰⁵ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, pp. 213/4, nota 67.

¹⁰⁶ Más adelante se verá que incluso las hipótesis que autorizan la demostración de la ausencia de culpa tanto en órbita extracontractual como en las obligaciones de medio carecen de significación en la decisión de nuestro tema.

¹⁰⁷ Una exposición sumamente minuciosa del panorama de la legislación comparada puede verse en el erudito trabajo de MOISSET DE ESPANÉS, *La mora y la reforma al artículo 509 del Código Civil Argentino*, JA, 1968-V-794.

tema de la *mora ex re*, en el cual el *hecho constitutivo de la mora* no es otro que el mero vencimiento del plazo, modalidad a la que, por hipótesis, se supone sometida la obligación.

El requerimiento del acreedor o *interpelación* que en palabras de Llam-bías, consiste en la *exigencia categórica e indudable del cumplimiento de la obligación*,¹⁰⁸ y acerca de cuya naturaleza jurídica —materia controvertida en la doctrina— hemos adherido a la posición que la considera un *acto jurídico unilateral y recepticio*,¹⁰⁹ resulta innecesario en el sistema de la *mora ex re*, donde, tal como lo cristalizara el conocido aforismo, *dies interpellat pro homine*.

A eso, que no es poco, pero sólo a eso, se reduce la distinción entre uno y otro sistema. Pero como variantes que son de un mismo elemento, que es el *elemento formal*, en manera alguna alteran los restantes. Acaso las expresiones “mora automática” o por el “solo vencimiento” (del plazo) hayan contribuido a oscurecer los términos de la cuestión. También es posible que aisladamente consideradas algunas expresiones doctrinarias concebidas dentro de la visión “objetiva” de la mora —tal el caso, por ejemplo de la nota de Borda titulada “Un peligroso precedente”— hayan tenido un efecto equivalente. Pero si, como les decimos a nuestros alumnos, cuando el primer párrafo del art. 509 afirma que en las obligaciones a plazo la mora se produce “por su solo vencimiento”, dicha expresión debe entenderse con el implícito aditamento *sin que sea necesario el requerimiento del acreedor*, o si la fórmula “mora automática” es entendida con el añadido “sin que se requiera la interpelación”, es posible que las cosas vuelvan a su sitio natural.

No nos vamos a detener en el examen de los aportes de la reforma de 1968 relativos al modo de constitución en mora, materia en torno a la cual se han suscitado múltiples cuestiones doctrinarias. Y no lo haremos porque el “modo de constitución en mora” es completamente irrelevante para dilucidar la cuestión que es materia de este trabajo.

¹⁰⁸ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 109, p. 140. Para LLAMBÍAS la interpelación requiere las siguientes condiciones intrínsecas: a) exigencia categórica de pago; b) requerimiento apropiado en cuanto al objeto, modo y tiempo de pago; c) carácter coercitivo y no meramente declarativo; d) exigencia de cumplimiento factible y, e) requerimiento circunstanciado. El mismo autor menciona como condiciones extrínsecas de idoneidad de la interpelación: a) la cooperación del acreedor, y b) la ausencia de incumplimiento de parte del acreedor. “Si falla alguna de las condiciones mencionadas el deudor no cae en mora y, por consiguiente, no incurre en responsabilidad frente al acreedor” (p. 144, N° 113).

¹⁰⁹ BUSSO, E., *Código cit.*, t. III, com. art. 509, N° 29, p. 259; BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado cit.*, t. II, p. 142; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Cursus*, cit., N° 394, p. 183; GAGLIARDO, M., *La Mora...*, p. 24.

El deber del acreedor de concurrir a recibir el pago,¹¹⁰ que constituye un capítulo del *deber de cooperación* que pesa sobre él como *deber secundario de conducta*, rige por igual cuando se trata de “obligaciones a plazo” sujetas al sistema de la “mora automática”, como tratándose de obligaciones que requieren de la interpelación. Y tal vez no sea inoportuno recordar aquí que la exigencia de que la interpelación sea de *cumplimiento factible*, supone un razonable emplazamiento y excluye el requerimiento sorpresivo, lo cual induce a presumir que interpelación y recepción del pago difícilmente puedan concebirse como actos simultáneos. Como bien lo ha destacado Llambías no es posible exigir del obligado una disponibilidad al instante de la conducta comprometida.¹¹¹

Las confusiones que acerca de nuestro tema se advierten en la evolución de la doctrina y en ciertos antecedentes jurisprudenciales obedecen a distintas causas, entre las que merecen destacarse: a) la falta de precisión y deslinde acerca de los elementos de la mora y la función que cada uno desempeña; b) la polémica generada por la reforma de 1968 a la que ya nos hemos referido, de la cual el tema de las deudas *quérables* constituyó un capítulo que tampoco fue deslindado; y c) la confusión entre el *requerimiento del acreedor* —modo de constitución en mora— y su *deber de recibir el pago*, que constituye un requisito propio del incumplimiento e integra, como presupuesto, el elemento objetivo de la mora.¹¹²

D) *Presupuestos de la mora* son aquellos requisitos previos que condicionan su existencia, pero no al modo de los elementos que la constituyen, sino en cuanto factores indispensables para la configuración de alguno de tales elementos.

Como presupuestos de la mora, que constituyen todos requisitos del incumplimiento material, pueden enunciarse:

a) *Existencia de un deber de contenido obligacional, expresión en la que comprendemos tanto el deber primario o deber de prestación como los deberes secundarios de conducta.*

Va de suyo que, en órbita contractual, el incumplimiento supone la necesidad de un contrato válido,¹¹³ mas lo generalizamos en los términos aludidos para comprender otros supuestos, incluso el deber de reparar el daño que nace del hecho ilícito.

¹¹⁰ Expresión más ajustada que la de “concurrir a cobrar”, que tiene un matiz de compulsión —o al menos así puede interpretarse— y favorece la confusión con el requerimiento del acreedor.

¹¹¹ *Tratado cit., Obligaciones*, t. II, Nº 1505, p. 841 y nota 304; CNCiv., sala A, 2-VI-70, ED, 35-375; sala D, 14-IV-70, ED, 36-758.

¹¹² Puede apreciársela con nitidez en la nota que BORDA titulara “Un peligroso precedente”, de la que ya nos hemos ocupado.

¹¹³ BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *Teoría...*, Nº 184, p. 82.

b) *Exigibilidad de dicho comportamiento* significa que no existe ninguna circunstancia que autorice al sujeto alcanzado por el deber jurídico a diferir su cumplimiento. Como contrapartida, importa que nada existe que enerve el ejercicio actual de la facultad correlativa por parte de su titular.

Con referencia específica al deber primario o prestación, supone, señala Lafaille, “plazo vencido, condición realizada, u observancia de los requisitos previos (opción, elección, etc.)”.¹¹⁴

Presupone, asimismo, que de parte del titular no medie incumplimiento de sus propias obligaciones conexas. Al respecto, señala Llambías, que lo estudia como “condición extrínseca de idoneidad de la interpelación”, que se trata de un requisito de contenido negativo que rige las obligaciones derivadas de un contrato bilateral. “Por el carácter recíproco que tiene la calidad de deudor —agrega— no puede tolerarse que uno de los contratantes pretenda constituir en mora al otro si él a su vez ha incurrido en incumplimiento material, respecto de la obligación a su cargo”. El propio incumplimiento del acreedor “con respecto a una obligación conexas, a cargo suyo, tiene estas dos virtualidades: 1) destituye de eficacia moratoria la interpelación dirigida al deudor; 2) impide exigir el cumplimiento de la obligación a cargo de la otra parte”. Y el mismo autor precisa que para que se produzcan los efectos indicados “no se exige que el acreedor ya esté constituido, a su vez, en mora; basta para ello que haya incurrido en incumplimiento material”.¹¹⁵

En suma, pues, las directivas del art. 510, concordantes con las del art. 1201, que cuadra referir a todos los deberes surgidos de la obligación, afectan la exigibilidad en cuanto enervan todo reclamo de cumplimiento de la obligación conexas a cargo de la otra parte.

No creemos, en cambio, que la situación de mora deba quedar excluida del ámbito de las obligaciones naturales.¹¹⁶ No ignoro la nota de incoercibilidad que es distintiva de las obligaciones naturales, mas no veo que de ello deba seguirse la referida exclusión. Si el deudor voluntariamente pagó la prestación principal con más sus intereses —implícito reconocimiento del estado de mora que supone el pago del daño moratorio— no podría luego pretender la repetición de los intereses como si se tratara de un pago sin causa. Por el contrario, la causa del pago de tales accesorios es evidente y no es otra que la mora del obligado.

c) *La definición de las circunstancias del cumplimiento* constituye también un presupuesto sin cuya presencia no puede hablarse de comportamiento en infracción a la conducta debida.

En efecto, como bien se ha señalado, son muchas las situaciones en que se requiere una actividad ulterior al contrato, sea acuerdo complementario de

¹¹⁴ Ob. y t. cit., N° 160, p. 158.

¹¹⁵ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 120, pp. 151/2 y nota 70 bis.

¹¹⁶ En tal sentido se pronuncian Busso, *Código...*, t. III, p. 256, com. art. 509, N° 2; WAXAR, *Tratado cit.*, § 44, ap. a, p. 273 y g, p. 285.

las mismas partes, sea la labor necesaria de un tercero, sin la cual el acto del pago no puede ser cumplimentado.¹¹⁷

Así como cuando procede el requerimiento del acreedor, la interpelación, para tener virtualidad moratoria debe ser circunstanciada, es decir, contener la indicación de las circunstancias del lugar y tiempo en que el deudor debe satisfacer la obligación cuando ello no está preestablecido,¹¹⁸ de la misma manera cuando rige la mora automática dicha definición es no menos imprescindible.¹¹⁹

Este presupuesto cobra significativa importancia en la obligación de escriturar donde el pago requiere de la conexión con la actividad de un tercero, el escribano, sin cuyo concurso no es posible el cumplimiento. Por ello se ha decidido que si el escribano no fijó fecha ni citó a las partes no se incurre en incumplimiento de la obligación de escriturar.¹²⁰

d) La *cooperación del acreedor*, requisito sin cuya concurrencia no queda configurado el incumplimiento, es también, en cuanto tal, presupuesto de la situación de mora.

En efecto, como lo hemos recordado anteriormente, lejos de constituir una simple relación *poder - deber*, la obligación comporta una estructura compleja que, además de la facultad y deber primordiales, impone a uno y otro de los sujetos de la obligación determinados deberes jurídicos, confiriéndoles alternativamente la facultad correlativa de exigir su cumplimiento.

Uno de estos deberes, que integra la categoría de los denominados “deberes secundarios de conducta”, es el conocido como “deber de cooperación del acreedor”, el cual rige en los supuestos en que el cumplimiento no puede satisfacerse por la sola actuación del deudor sino que requiere de su concurso anterior o simultáneo.¹²¹

Aun cuando desde el punto de vista estrictamente técnico dichos deberes no constituyan obligaciones,¹²² no se duda de que su transgresión configura un factor impeditivo de la mora, como lo admiten la doctrina y la jurisprudencia, virtualmente unánimes.

El deber de cooperación del acreedor puede asumir las formas más variadas pues depende de la naturaleza y circunstancias de la obligación. A simple título de ejemplo pueden mencionarse, entre otros, el deber de designar el lugar de pago cuando el acreedor se ha reservado ese derecho en el contrato; el deber de designar escribano que otorgará la escritura de venta; deber de elegir cuando dicha facultad ha sido reservada al acreedor; deber de practicar

117 LLAMBIÁS, J. J., *Tratado cit. Obligaciones*, t. I, N° 118, p. 149.

118 CNCiv., sala A, LL, 101-874; 104-280; 110-710; ED, 1-562.

119 CNCiv., sala A, 9-8-78, ED, 80-597, con nuestro voto.

120 CNCiv., sala A, LL, 101-874.

121 LLAMBIÁS, *Tratado cit. Obligaciones*, t. I, N° 119, p. 150; GRECO, R. E., nota cit., cap. X, ap. a, p. 506 y doctr. citada en nota 73.

122 GRECO, R., loc. prec. cit.; WAYAR, *Tratado...*, § 45, ap. b, p. 289.

la liquidación cuando dependa del acreedor, etc. Y, por cierto, el supuesto de más frecuente aplicación jurisprudencial que es el deber de concurrir al domicilio del deudor a recibir el pago, hipótesis en torno a la cual gira el presente trabajo.

Ahora bien, la ausencia de mora resultante de la presencia del mentado factor impeditivo, no debe ser planteada como una cuestión de imputabilidad, como lo hace gran parte de la doctrina, sino que dicho efecto es la consecuencia de que no haya llegado a configurarse el incumplimiento material por no concurrir uno de sus presupuestos, cual es la cooperación del acreedor.

Luego volveremos sobre este punto.

2. Acerca del tema de la convocatoria:

La cuestión respecto de la cual la Cámara Civil debía fijar la "doctrina legal aplicable" quedó concebida en los siguientes términos: "Si en el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor, y la mora fuere de constitución automática, es necesario que el acreedor pruebe que allí se dirigió a recibirlo o basta el transcurso del tiempo para constituir en mora al deudor, debiendo éste acreditar para eximirse de ella que el acreedor no compareció al efecto".

Su redacción nos sugiere algunas observaciones:

a) Por lo pronto, la "cuestión" fijada no es una sola sino que involucra por lo menos dos, que parece conveniente diferenciar: la primera se refiere a los requisitos de la mora, y la segunda a la carga de su prueba en caso de contienda judicial.

Y la precisión no parece superflua dada la importancia que, en la evolución de la doctrina, siempre ha tenido y todavía hoy cuadra reconocerle a un plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, y al hecho de que, en el debate doctrinario se han enunciado posiciones que, más allá de la cuestión relativa a la carga de la prueba, han puesto en tela de juicio, en el supuesto de las deudas *quérables* sujetas a plazo, la necesidad misma de la cooperación del acreedor.¹²³

b) Forzoso tributario de la evolución jurisprudencial, el tema de la convocatoria —claro se lo ve en la alternativa que plantea— refleja la falta de debida distinción, a la que ya nos hemos referido, y sobre la que hemos de volver, entre el *requerimiento del acreedor*, "modo de constitución en mora" que configura su elemento formal y el *deber de recibir el pago* que, como expresión de su genérico deber de cooperación, constituye un requisito del incumplimiento material e íntegro, por lo tanto, el elemento objetivo de la mora.

Cuadra advertir, empero, que si de lo que se trata es de establecer si en las deudas *quérables* existe el deber de recibir el pago y, en su caso, sobre

¹²³ Así, BORDA, en su nota "Un peligroso precedente", LL, 1975-A-518.

quién pesa la carga de la prueba, el “modo de constitución en mora” resulta irrelevante.¹²⁴

El tema es, pues, común a todas las obligaciones que deben pagarse en el domicilio del deudor, cualquiera sea el modo de constitución en mora aplicable, con la sola limitación que seguidamente se indicará.¹²⁵

c) En lo que se refiere específicamente al cumplimiento, el deber de cooperación del acreedor está condicionado por la naturaleza de la conducta debida.

Desde las hipótesis en que su participación reviste un carácter personalísimo y no admite sustitución posible,¹²⁶ hasta el extremo opuesto donde, basando la mera aquiescencia, puede dudarse si realmente tal carga existe,¹²⁷ el deber de cooperación del acreedor aparece con intensidad muy diversa ofreciendo una verdadera gama de matices,¹²⁸ de los cuales la mera *receptión*, que puede cumplir un simple “nuncio”, es sólo uno de los supuestos posibles.¹²⁹

Dicha circunstancia y, en especial, la existencia de hipótesis en las que el pago puede efectuarse sin intervención alguna del acreedor, tornaban aconsejable efectuar las precisiones pertinentes.

d) En suma, las cuestiones realmente implicadas en este plenario no son otras que las siguientes:

1º) Si en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, el régimen de la *mora solvendi* sufre alguna modificación.

2º) Si en las deudas *querables*, cuando el pago requiere la cooperación del acreedor, su concurrencia a recibirlo constituye o no un requisito de la mora del deudor.

3º) En caso de contienda judicial, sobre en cuál de las partes recae la carga de la prueba de la concurrencia o inconcurrencia del acreedor.

¹²⁴ Como que el mismo problema se plantea en los casos en que es necesaria la interpelación. Luego se verá, sin embargo, cómo una y otra posición, en alguna medida han confundido las cosas.

¹²⁵ Pierden así entidad los argumentos que se pretende sustentar en la supuesta adopción del principio de la “mora automática”.

¹²⁶ Cirugía estética en la persona del acreedor o el más pedestre cambio de dentadura, si médico cirujano u odontólogo viven en la propia clínica. Clases particulares que un profesor dicta en su propio domicilio.

¹²⁷ Obligaciones de no hacer que deban cumplirse en el domicilio del deudor. Mandato que se ejecuta en el domicilio del mandatario.

¹²⁸ No deja de presentar sus matices el cumplimiento del tradicional “sastre a medida”, verdadero artesano —hoy en vías de extinción— que trabajaba en su propia casa y fue el “clásico” acreedor de la picaresca porteña.

¹²⁹ Acaso la hipótesis más frecuente, una de cuyas especies, el pago de una suma de dinero, pareciera haber estado demasiado presente en los redactores del voto de la mayoría.

3. La mora en las obligaciones pagables en el domicilio del deudor:

a) Ya hemos enunciado anteriormente cuáles son, en nuestra opinión, los requisitos —elementos y presupuestos— de la situación de mora, según el esquema que hemos adoptado.

Ahora bien, ¿sufre dicho esquema alguna modificación en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor?

En modo alguno.

Es curioso, sin embargo, comprobar cómo a lo largo de un debate doctrinario, que es muy anterior a la vigencia de la ley 17.711 y no parece estar en vías de agotarse, el supuesto de las deudas pagables en el domicilio del deudor ha sido objeto de controversia en relación al “modo de constitución en mora”, que constituye su elemento formal.¹³⁰ Por una parte, esta hipótesis ha sido presentada como una excepción a los supuestos de “mora automática”, a lo cual se ha respondido con las virtualidades del principio general de la *mora ex re* que, para un sector, ha sido adoptado por la ley 17.711.

Por nuestra parte entendemos que una y otra cosa son inexactas..

En cuanto al pretendido principio general de la *mora ex re*, creemos que brilla por su ausencia. Bien entendido que el principio lo constituye, en términos de Llambías, la norma residual que tiene fuerza expansiva para cubrir las hipótesis no expresamente previstas,¹³¹ sin que interese, como bien lo destaca Greco, “el número de excepciones que consienta ese principio, ni mucho menos la cantidad de supuestos de la *praxis* que caerán en cada una de esas excepciones”.¹³²

Por el contrario, habida cuenta de que la mora es un estado cuya gravedad exige una clara definición en cuanto al momento de su nacimiento; que la ciencia jurídica solamente conoce los sistemas de la *mora ex persona* y de la *mora ex re* como modos de constitución en mora; que el sistema de la “mora automática” necesariamente presupone la existencia de un plazo; y, finalmente, que el plazo no es un elemento esencial de la obligación sino que se trata de un mero accidente, forzoso es concluir que *para constituir en mora al deudor, la propia naturaleza de las cosas impone la subsistencia del principio de la necesidad de la interpelación*.¹³³

Pero no es menos inexacta la comprensión que ha intentado ver en las obligaciones pagaderas en el domicilio del deudor un supuesto de excepción a la norma del primer párrafo del art. 509. Si se trata de una “obligación a

¹³⁰ Acaso la explicación —lo reiteramos— pueda encontrarse en la amplitud de la polémica desatada después de la sanción de la ley 17.711, donde los defensores del sistema de la *mora ex persona* pusieron todo su empeño en evitar los desbordes del nuevo régimen, en tanto los partidarios de la reforma desarrollaron una particular susceptibilidad para combatir lo que estimaron una tentativa de minimizarla.

¹³¹ *Tratado* cit., *Obligaciones*, t. I, N° 103 bis, pp. 128/9, texto y nota 8 bis 1; *Estudio*... cit., pp. 104/6.

¹³² Nota cit., p. 506. En el mismo sentido, ALTERINI, ATILIO A., *La responsabilidad en la reforma civil*, N° 43, p. 39.

¹³³ Además de los supuestos de obligaciones puras y simples, la necesidad del principio se aprecia de modo resaltante en todas las hipótesis en que el “solo vencimiento” del plazo, se ve perjudicado por la presencia de un factor impeditivo.

plazo”, nada autoriza a excluir la solución legal que establece que “la mora se produce por su solo vencimiento”. Claro está que hay que entender debidamente el alcance de la expresión “solo vencimiento”. Esta es refiere, como es obvio, al elemento formal de la mora y sólo quiere decir “sin que sea necesaria la interpelación del acreedor”. Pues, que sepamos, nadie ha puesto en tela de juicio —al menos como particularidad de las deudas *quérables*— la necesidad de que, para que se configure la mora del deudor, concurren sus restantes elementos, es decir, el incumplimiento material,¹³⁴ que constituye su elemento objetivo y la imputabilidad que representa su elemento subjetivo.¹³⁵

Adquirimos aquí nuestra primera conclusión: *Las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor no configuran un supuesto de excepción en cuanto al régimen de la mora del deudor y requieren, por lo tanto, la concurrencia de sus elementos objetivo, subjetivo y formal. En consecuencia, cuando se trata de “obligaciones a plazo” en los términos y con el alcance del primer párrafo del art. 509,¹³⁶ supuesta obviamente la presencia de los elementos objetivo y subjetivo, también en las deudas *quérables* “la mora se produce por su solo vencimiento”.*

b) Cuadra examinar, ahora, si en esta clase de obligaciones sufre alguna alteración el *deber de cooperación del acreedor*.

Por cierto que, planteada la cuestión en términos generales, la respuesta no puede ser sino negativa.

Es obvio que si vendo diez animales de raza de mi plantel, a elección del comprador, a nadie se le ocurriría pensar que incurro en mora si el interesado —facultado a hacerlo— ha omitido la elección, por más vencimiento del plazo que exista y aun cuando el pago deba efectuarse en mi propio domicilio. Como también parece evidente que nadie pensaría que el vendedor en cuyo domicilio, por habérselo así pactado, debía otorgarse la escritura “por ante el escribano que el comprador designe”, haya incurrido en mora si éste último omitió la designación.

Por eso no deja de llamar la atención que se haya cuestionado la existencia del *deber del acreedor de recibir el pago*, que no es sino una de las expresiones del deber de cooperación que pesa sobre él y que, cuando se trata de las llamadas deudas *quérables*, supone su concurrencia —por sí o por quien esté habilitado para representarlo— al domicilio del deudor. Sin embargo, Borda lo hizo en su ya recordada nota intitulada “Un peligroso precedente”. Allí, luego de argüir con la claridad de la expresión “por su solo vencimiento”

¹³⁴ O mero *retardo* para un importante sector de la doctrina.

¹³⁵ BORDA no acepta que la imputabilidad sea un elemento de la mora, la cual, según lo hemos visto, es, en su opinión, “un concepto puramente objetivo”. Pero ello no obsta a lo que manifestamos en el texto, pues este autor se pronuncia en términos generales y no de modo específico y como singularidad de las deudas *pagables* en el domicilio del deudor.

¹³⁶ Utilizo la expresión para soslayar, por distintas razones —entre ellas una muy poderosa de urgencia— el debate sobre la extensión del mentado texto legal.

que contiene el art. 509, este prestigioso jurista señala: “¿Qué significa esto? Simplemente que no se exige ningún otro requisito. Basta el vencimiento del plazo. Exigir que el acreedor concurre al domicilio del deudor a requerir el pago es precisamente volver en este supuesto al sistema anterior a la ley 17.711 que el art. 509, en su nueva redacción, derogó expresamente. Es volver al sistema de la interpelación, pues no otra cosa significa obligarlo a ir al domicilio del deudor “a cobrar” la deuda, como dice el fallo. Está claro así que la doctrina sentada por el tribunal contraría frontalmente lo dispuesto por el art. 509”.¹³⁷

Pero es indudable que esta comprensión no capta adecuadamente la distinción entre el *requerimiento del acreedor*, que constituye un *modo de constitución en mora* y representa por tanto su elemento formal, y el *deber de recibir el pago*, expresión del deber genérico de cooperación que pesa sobre el acreedor y en cuanto requisito propio del “incumplimiento material” del deudor, presupuesto de la situación de mora.¹³⁸

Dicha interpretación ha permanecido, sin embargo, aislada. En este sentido debo advertir que aun los más definidos partidarios de la inversión de la carga de la prueba, han admitido la necesidad de la concurrencia del acreedor a recibir el pago. Así, en su conocido voto como Juez de la Corte Suprema de Tucumán —decisivo, como hemos visto, en la evolución de la jurisprudencia— López de Zavallía sostiene: “Tengo por cierto que la presencia del acreedor (o de su representante) es necesaria, trátase de una deuda portable o de una *quérrable*. Si el acreedor no está presente, el deudor no caerá en mora”.¹³⁹ Y tanto Bustamante Alsina, en sus ya recordados trabajos: “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio” y “Los jueces y las leyes justas”,¹⁴⁰ como Wayar en su nota “La mora del deudor cuando su domicilio es lugar de pago”,¹⁴¹ se pronuncian con alcances similares.

Incluso el propio Borda pareciera haber dejado aquella posición ya que en su nota “Hacia un plenario en materia de mora”, antes de interrogarse acerca de “quien debe probar ya sea el cumplimiento de ese deber de colaboración, ya sea su incumplimiento”, ha dado por supuesto que “cuando las obligaciones deben cumplirse en el domicilio del deudor, el acreedor está obligado a cooperar en el cumplimiento, concurriendo a su domicilio”.¹⁴²

¹³⁷ LL, N° 26 del 7-II-75, donde comenta desfavorablemente el fallo de la sala C de la Cámara Civil, de fecha 28-VIII-74, en el que el Dr. Augusto C. Belluscio llevó la voz del Tribunal.

¹³⁸ BORDA insiste en esta posición en la nota titulada “Hacia un plenario en materia de mora”, donde luego de criticar la tesis opuesta dice: “Y no se diga que la interpelación es innecesaria, porque la concurrencia al domicilio del deudor a recibir el pago importa en sí misma una interpelación” (LL, 1978-D-310). Y en el propio voto de la mayoría en el plenario que nos ocupa se encuentran expresiones donde pareciera estar subyacente una posición análoga. “Resultaría contrario a elementales principios de moral y buena fe —se dice en el considerando 4º— tolerar que al vencimiento del plazo el deudor permanezca indiferente a la espera de un *requerimiento* no previsto por la ley” (ED, 87-268).

¹³⁹ LL, 152-489.

¹⁴⁰ LL, 1977-D-841 y 1978-C-238, respectivamente.

¹⁴¹ LL, 1980-C-1129.

¹⁴² LL, 1978-D-310.

La necesidad de la cooperación del acreedor está admitida también en los propios precedentes jurisprudenciales enrolados en la corriente que propicia la inversión de la carga de la prueba y que, según lo he manifestado, dieron origen al vuelco de la jurisprudencia.¹⁴³

Y en el voto de la mayoría en el plenario que comento, no obstante la expresión que consignamos en nota anterior, el reconocimiento es claro como que allí se afirma que “no se discute ni se niega la necesaria colaboración del acreedor” y más adelante se precisa que “se trate de una deuda pagadera en uno u otro domicilio («portable» o *quéritable*) siempre será necesaria su presencia o la de quien legalmente lo represente”.¹⁴⁴

Tales antecedentes nos permiten afirmar que hoy existe virtual unanimidad acerca del extremo examinado,¹⁴⁵ lo cual nos autoriza a concluir que *en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, cuando el pago requiere la cooperación del acreedor, la mora solvendi, en principio, no se produce, si este último omite su concurrencia a recibir el pago.*

Decimos “en principio” por cuanto existen hipótesis excepcionales que justifican que el acreedor sea dispensado de la carga referida. Tal serían los supuestos en que por acto imputable al deudor la concurrencia resulta imposible o manifiestamente inútil, a los que deben aplicarse por analogía las soluciones que rigen para la interpelación. Ha de tenerse en cuenta, como lo ha destacado Llambías, que “en el derecho, que es el ámbito de la lógica y el buen sentido, sobran los actos superfluos y estériles”.¹⁴⁶

c) Nos toca examinar ahora, con relación a las obligaciones que deben cumplirse en el domicilio del deudor, la cuestión relativa a la *carga de la prueba* de la concurrencia o inconcurrencia del acreedor a recibir el pago.

Acercas de este punto, con la limitación a las hipótesis en las que “la mora fuera de constitución automática”, el plenario de la Cámara Civil estableció que “para eximirse de ella el deudor debe acreditar que el acreedor no compareció al efecto”.

Dicha conclusión, con la cual ya hemos anticipado nuestra discrepancia, se sustenta fundamentalmente en dos líneas argumentales.

¹⁴³ CNCom., sala A, LL, 1978-C-238. Así resulta con claridad del contexto del voto del Dr. Etcheverry, que llevó la voz del Tribunal, y está dicho de modo expreso en el voto del Dr. Barrancos y Vedia.

CNCiv., sala C (LL, 1978-D-310), también en forma expresa en el voto del Dr. Cifuentes, que mereció la adhesión del Dr. Durañona y Vedia. Aunque en el voto de este último, tras aludir a lo que considera una colisión entre el nuevo art. 509, inc. 1º, y los subsistentes arts. 618, última parte y 747, *in fine*, afirma: “pues en la práctica y en la mayoría de los casos la concurrencia del acreedor, por sí o por apoderado, implicará de hecho un requerimiento...”.

¹⁴⁴ ED, 87-268.

¹⁴⁵ Como es obvio, la existencia del deber del acreedor de concurrir a recibir el pago es admitida por la corriente opuesta.

¹⁴⁶ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, Nº 129, p. 160.

Una de ellas está referida, en términos del propio voto mayoritario, a “las motivaciones que han llevado al legislador a plasmar la solución dada por el art. 509 del Código Civil”.¹⁴⁷

La restante es de orden técnico legal y desarrolla la tesis de que la citada conclusión es la única que consiente la estricta interpretación de los textos legales.¹⁴⁸

Cierto es que el voto mayoritario expone además argumentos de otra índole, pero ellos tienden fundamentalmente, como ya lo he anticipado, a demostrar que no existen óbices que puedan alterar la conclusión antes expuesta, ni en el plano técnico legal ni tampoco en el plano axiológico.

Por nuestra parte, sin desconocer la fuerza de la argumentación allí desarrollada, creemos que ella no presta suficiente respaldo a su conclusión, hoy “doctrina legal” en los términos del art. 300 del Código Procesal.

Pasemos, pues, a considerarla.

El primer argumento lo ha proporcionado Bustamante Alsina en un interesante trabajo titulado “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio”,¹⁴⁹ del cual el voto de la mayoría se ocupa en un extenso párrafo recogiendo la opinión de su autor.¹⁵⁰ En el citado trabajo, tras recordar que en la teoría clásica el patrimonio es concebido como un atributo de la personalidad, que consiste en una universalidad de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, que tiene los caracteres de necesario, único e indivisible y constituye la prenda común de los acreedores, y tras aceptar que “ella continúa siendo la base del derecho positivo”, Bustamante Alsina destaca que “esta concepción del patrimonio, subjetiva, teórica y estática, ha experimentado una notable transformación como consecuencia de las nuevas presiones económicas y sociales que se han ido produciendo después de la segunda guerra mundial”, agregando luego que “esta transformación no afecta el concepto sino a la sustancia del patrimonio, a su contenido y no a su forma”. Luego se extiende en una minuciosa referencia al estudio de Pierre Catalá sobre la transformación del patrimonio en el derecho civil moderno,¹⁵¹ recordando que este profesor destaca que “si se parte de la simple observación de las fortunas privadas se advierte que los activos han experimentado y experimentan fluctuaciones. Ello obedece a un cambio de la psicología individual a propósito del dinero y del tiempo, es decir, sobre la manera de gastar y de atesorar. Cada vez más parece que el deseo de ganar es motivado por el gusto del bienestar más que por la preocupación del ahorro. Pasando de lo individual a lo colectivo, es decir, de lo psicológico a lo sociológico, es globalmente evidente que una sociedad de consumo tiende a suplantarse a una sociedad de ahorro. ... A la concepción subjetiva, teórica y estática del patrimonio, se sucede una concepción objetiva,

¹⁴⁷ ED, 87-268, considerando 3º.

¹⁴⁸ Loc. prec. cit., considerando 1º.

¹⁴⁹ LL, 1977-D-841.

¹⁵⁰ ED, 87-268, consid. 3º cit.

¹⁵¹ *La transformation du patrimoine*, Rev. Trim. de Droit Civil, N° 2, p. 185, 1966.

pragmática y dinámica de los derechos subjetivos patrimoniales. Se toma en consideración, no al sujeto como titular del patrimonio, sino al patrimonio por su contenido, objetivamente, dentro del proceso económico de creación y circulación de riqueza”.

“Esta visión modernizada de la concepción del patrimonio —dice más adelante nuestro autor—, lo muestra en una perspectiva de tiempo y movimiento. Los patrimonios individuales exigen hoy una rápida y segura realización de los derechos para incorporar los recursos necesarios a fin de atender los gastos que requieren los consumos constantes y crecientes. Los patrimonios colectivos aplicados al fin económico de producción, circulación y distribución de riqueza requieren también un rápido trámite para no entorpecer el ritmo acelerado de su actividad crematística”.¹⁵²

“La dinámica del patrimonio —finaliza Bustamante Alsina— proyectada dentro del proceso económico establece una íntima vinculación entre los fenómenos propios del mismo y las relaciones jurídicas... las cuales no pueden permanecer ajenas al impulso creciente y acelerado de aquella realidad”.

Nos permitimos disentir con tan autorizadas voces.

En cuanto a la denominada “concepción dinámica del patrimonio”, debemos confesar que no hemos logrado armonizar sus planteos con el espíritu de la reforma de 1968. Más aún, pensamos que son manifiestamente incompatibles.

En efecto, a pesar de la asepsia de la construcción del profesor Catalá, propia de la naturaleza técnica o científica de su trabajo, y más allá del contrapunto “ahorro-consumo” del que se sirve, es indudable que su “concepción dinámica del patrimonio” no representa, en definitiva, sino una versión jurídica —de limitados alcances, pero versión al fin— de la bien denominada *sociedad de consumo*,¹⁵³ de algún modo allí descripta. Así aparece, por ejemplo, una de sus notas típicas, cual es el manipuleo de las conductas a través de la seducción de la propaganda. En este sentido debe destacarse la alusión a “...una publicidad que incita al consumo, creando necesidades que modelan los comportamientos...”.¹⁵⁴ O mucho más claramente aún —y no parece inútil dete-

¹⁵² Son interesantes de destacar los incentivos del consumismo que CATALÁ menciona, y no son otros que la “inseguridad monetaria” que contrariando el instinto de seguridad promueve el gasto en los consumos, y una “publicidad” que, a través de los medios masivos de comunicación por la escritura, la imagen y el sonido “incita al consumo creando necesidades nuevas que modelan los comportamientos, inclinándolos al gasto antes que a la economía. Hoy el hombre aspira a tener asegurados recursos regulares en relación a gastos de consumos permanentes y crecientes...”.

¹⁵³ Expresión de un crudo hedonismo materialista y producto del capitalismo más descarnado, la llamada “sociedad de consumo” constituye una de las más graves expresiones de la corrupción del cuerpo social. Representa hoy uno de los jalones de la caída de un Occidente descreído y sin esperanza que, al renegar de sus propias raíces, no ha hecho otra cosa que suicidarse. Solzhenitsyn ha sido en esto un lúcido testigo (conf. *El suicidio de Occidente*, Ed. Mikael, 1979).

¹⁵⁴ p. 842, cap. III.

nerse a meditarlo— su visión del hombre como mero engranaje del proceso económico. “El orden jurídico —sostiene esta posición— toma hoy menos en cuenta al sujeto de derecho que a la forma como actúa, esto es, a la dinámica de su participación en el proceso económico”.¹⁵⁵

Nada más distante y —en nuestra opinión— menos compatible con el pensamiento del legislador de 1968. Para demostrarlo nos basta con remitirnos a los términos del breve mensaje de elevación al Poder Ejecutivo, que suscriben los juristas que integraron la Comisión Redactora del Proyecto. “Por ser la ley civil rectora de la conducta jurídica de las personas, ha orientado a la Comisión en su tarea el afán de asegurar la realización de los valores humanos esenciales. El hombre, objeto y fin de todo el orden jurídico, merece el respeto que su dignidad exige y debe a la comunidad el sacrificio razonable que imponen las superiores exigencias del bien común”. Y más adelante especifica: “En cuanto a la orientación general de la reforma se ha acentuado el predominio de la regla moral como fundamental norma de conducta”.

Por lo demás, debemos destacar, ya con referencia al tema que es materia de esta nota, que no alcanzamos a ver los beneficios de un sistema que, al tiempo que facilita la posición de los acreedores dificulta singularmente la de los deudores, siendo que —excepción hecha de los usureros (acreedores puros)— ambas calidades se dan alternativamente en todas las personas y muy particularmente en las empresas. El propio Bustamante Alsina lo señala expresamente cuando dice: “Dentro del contexto social, el deudor es portador de deberes jurídicos que van a dar satisfacción a otros, en tanto que éstos, acreedores aquí, serán deudores allí, tal vez para satisfacer otras necesidades de aquel sobre quien se tiene el poder de exigirle un cumplimiento”.¹⁵⁶

No ignoramos las críticas de Borda al sistema de la interpelación, que este autor consideró agravado por una jurisprudencia a la que atribuyó “rigidez intolerable”.¹⁵⁷ Pero tales críticas, que pueden dar sustento a la incorporación —cuestionable, por lo demás, por sus imprecisiones— de la mora automática “en las obligaciones a plazo”, no justifica la pretensión de otorgarle a la reforma una extensión de la que carece, tan objetable como la postura que hubiera procurado retacear sus alcances. Pues una cosa es suprimir la interpelación en determinados supuestos y otra desconocer el deber de cooperación del acreedor, como lo hizo Borda,¹⁵⁸ y también lo hace el plenario, toda vez que, a pesar de admitirlo en la teoría, lo desconoce en los hechos al imponerle al deudor la carga de una prueba virtualmente imposible, al menos en infinidad de casos.

¹⁵⁵ Loc. cit. preced. con cita de JEAN PIERRE GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjetif*, Bibliothèque de Droit Privé, t. CXLIX, Paris, 1977. Concordante es el párrafo de CATALÁ: “Se toma en consideración, no al sujeto como titular del patrimonio sino al patrimonio por su contenido, objetivamente, dentro del proceso económico de creación y circulación de riqueza”.

¹⁵⁶ *La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio*, LL, 1977-D-841, Cap. IV, ap. 3, p. 844.

¹⁵⁷ *La reforma del Código Civil. Mora*, ED, 29-753.

¹⁵⁸ Loc. prec. cit., y “Un peligroso precedente”, LL, 1975-A-518.

El art. 747 subsiste y si bien no crea conflicto alguno con la razonable comprensión del reformado art. 509, sí lo plantea con las interpretaciones que con pretendido apoyo en el nuevo texto legal, han intentado dar sustento a una situación de privilegio del acreedor, difícilmente compatible con la orientación general de la reforma que antes hemos recordado.

El segundo argumento se apoya en la tesis sustentada por López de Zavalía, al llevar la voz del Tribunal en el fallo de la Corte Suprema de Tucumán, antes recordado. En dicho precedente, este distinguido jurista examina el punto trazando un paralelo con las deudas "portables" y, en párrafo que ya he recordado, dice: "Tengo por cierto que la presencia del acreedor (o de su representante) es necesaria, trátase de una deuda portable o de una *quérrable*. Si el acreedor no está presente, el deudor no caerá en mora. Pero no estará en mora, no porque no esté interpelado, pues interpelado estará por el almanaque, ya que la inexorabilidad de los días que transcurren se marca tanto en el domicilio del acreedor como en el del deudor y sus hojas caen igualmente en uno y otro lugar, sino porque no estará en culpa. La mora es un retardo culpable; el retardo se produce por el solo vencimiento del término, pero la culpa es algo distinto. Cuando la ausencia de culpa del deudor derive del hecho de que no pagó porque el acreedor no estaba presente para recibir la prestación ¿sobre quién pesará el cargo de la prueba? O en otros términos, ¿deberá el acreedor probar que el deudor está en un retardo culpable, o por el contrario, concernirá al deudor acreditar que no está en culpa? Si nos preguntamos por las deudas pagaderas en el domicilio del acreedor la respuesta fluye natural: es el deudor que invoca que el acreedor se encontraba ausente, a quien corresponde el cargo de la prueba". Luego el mismo autor se pregunta: "¿Se resolverá distinto para las deudas pagaderas en el domicilio del deudor?". Y frente a dicho interrogante dice: "Es a la ley que hay que interrogar, y nuestro art. 509 contesta explícitamente, y sin distinciones: "Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable".¹⁵⁹

Discrepamos con tan valiosa opinión.

La prueba de que la mora —léase incumplimiento material¹⁶⁰— "no le es imputable", que el último párrafo del art. 509 pone a cargo del deudor, se identifica en nuestro sistema legal con la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor. Como bien lo ha dicho Llambías "no hay *tertium quid*" posible: o el incumplimiento es imputable al deudor (supuesto de dolo o culpa) o no le es imputable (caso fortuito o fuerza mayor)".¹⁶¹

Y la demostración de que el incumplimiento se debe a caso fortuito o fuerza mayor es lógico que no pueda recaer sino sobre el deudor, dado que, ade-

¹⁵⁹ CS Tucumán, 19-III-73, LL, 152-489.

¹⁶⁰ No hay duda de que la referencia a la "mora" de la parte final del art. 509 es impropia, ya que alude como decimos en el texto a la disconformidad objetiva de la conducta —incumplimiento material o, para otra posición, retardo material— tal como lo afirma el voto de la mayoría en el considerando 1º.

¹⁶¹ *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, Nº 198, p. 241 y nota 146.

más de la presunción de culpa a la que ya nos hemos referido, existe una verdadera imposibilidad de que el acreedor demuestre la ausencia de todos los casos fortuitos posibles.¹⁶²

Pero el incumplimiento por parte del acreedor de su deber de cooperación, que en nuestra hipótesis se traduce en su inasistencia al domicilio del deudor a recibir el pago, no constituye técnicamente un supuesto de fuerza mayor y por ende, queda al margen de la carga impuesta al deudor por el art. 509.

La jurisprudencia ha encuadrado las diversas hipótesis de incumplimiento del deber de cooperación, en la categoría —de ubicación no demasiado precisa— de “factor impeditivo de la mora”, pero no las ha acogido como supuestos de caso fortuito, como que no lo son.

Sólo me resta aclarar que las hipótesis en que es viable la prueba de la ausencia de culpa, tanto en órbita extracontractual como en las denominadas “obligaciones de medio”, de las que ya nos hemos ocupado, en nada alteran la conclusión anterior. En un caso, porque de lo que allí se trata es de establecer la existencia de una obligación, que nace como responsabilidad, y en el otro, porque se trata de demostrar el incumplimiento y nadie duda que la carga de la prueba de la culpa, a ese efecto, recae sobre el acreedor.

En definitiva, pues, el último párrafo del art. 509 es ajeno a nuestro tema y no puede sustentar la conclusión del plenario que estamos examinando.

d) Así desvinculada del texto y el sentido de la ley, la solución del plenario que examinamos se nos aparece como *manifiestamente disvaliosa*.

Por lo pronto no es dudoso que coloca al deudor diligente en una situación en extremo gravosa y de virtual indefensión en caso de ulterior contienda judicial.

Veamos: ¿qué debe hacer un “buen padre de familia” que tiene que pagar una obligación en su propio domicilio? Primero, será necesario que haya observado todos los “deberes de diligencia” que implícitamente impone el art. 512 y que son los que han de permitirle cumplir en tiempo propio. Segundo, el día del vencimiento del plazo, deberá permanecer en su domicilio o dejar a quien lo represente, con el objeto del pago disponible, listo para cumplir. Esta y no otra es la conducta exigible. No está obligado a más, el “deudor escrupuloso”. Sin embargo, si como es lo normal el deudor vive en su casa en compañía de su mujer y sus hijos —que no pueden ser testigos (art. 427, cód. procesal)— el cumplimiento de sus deberes lo expone muy seriamente al desastre, expresión nada exagerada si se tienen en cuenta los efectos de la mora.¹⁶³

¹⁶² DE LA FUENTE, H. H., “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación”, LL, 1980-A-712.

¹⁶³ Hasta podría estar en juego la propia suerte de su vivienda, supuesto nada extraño en los casos de venta por mensualidades de la ley 14.005.

Pero si ello es así, es evidente que se le están imponiendo al deudor exigencias suplementarias ajenas a los términos de la obligación, que la doctrina ha estimado improcedentes, como lo recuerda el voto de la minoría, en el mismo plenario.

No parece razonable la exigencia de que el deudor se atrinchere con sus testigos —supuesto que los consiga— a la espera del acreedor; menos aún que lo haga con un notario —supuesto aquí, no sólo que lo consiga (cosa nada fácil si ha de instalarse todo el día), sino que pueda pagarlo (cosa menos fácil todavía y, sin duda, reservada para poderosos)—; máxime cuando tales presencias de ordinario habrán de resultar sumamente sospechosas. Consideración esta sumamente realista y que reduce sensiblemente el espectro de las posibilidades de la prueba.

No se trata, pues, de teorizar acerca de la posibilidad de la prueba del hecho negativo. Se trata de un hecho negativo que se produce en condiciones tales que tornan, si no virtualmente imposible, cuanto menos sumamente improbable la posibilidad de contar con una prueba idónea.

Y creo no incurrir en exageración si sostengo que el criterio que cuestiono, al imponerle al deudor la carga de la prueba, “de hecho” lo está obligando a mentir.¹⁶⁴

En el fallo de la sala C de la Cámara Nacional en lo Civil publicado en La Ley (1978-D-310), luego de hacer mérito de la confesión del acreedor, que al absolver posiciones admitió no haber concurrido a recibir el pago, el Dr. Santos Cifuentes dice: “Ya se ve aquí cómo no es difícil la prueba del hecho negativo; cómo no es diabólica ni imposible”. Por nuestra parte, aunque entendemos que a esa altura del proceso y desde la perspectiva del Tribunal de Alzada, las cosas puedan verse así, puestos en la tarea de tener que aconsejar al deudor, no nos sentiríamos nada tranquilos quedando librados a la confesión de la contraparte.

Las dificultades en que esta posición coloca al obligado quedan manifiestas con sólo comprobar la ineficacia de los remedios que sus partidarios ofrecen al deudor. Así, por ejemplo, luego de recordar, citando la opinión de Cifuentes antes transcripta, que “esa prueba no tiene nada de imposible, ni siquiera de difícil”, Borda sostiene que “ante la incomparecencia del acreedor, al deudor le bastaría con citarlo fehacientemente (por ejemplo, mediante telegrama colacionado) para que reciba el pago tal día y a tal hora. Y probar que en ese preciso día y hora el acreedor no concurrió es extremadamente sencillo”.¹⁶⁵ A su vez, sostiene Bustamante Alsina: “Parece natural que el deudor requiera al acreedor la cooperación que no prestó, intimándole a concurrir a

¹⁶⁴ O a perderlo todo injustamente, supuesto que sea cierta la incomparecencia del acreedor.

¹⁶⁵ “Hacia un plenario en materia de mora”, LL, 1978-D-310.

recibir el pago, poniéndolo así en mora *accipiendi*.¹⁶⁶ Y el propio voto de la mayoría señala que el deudor “tiene a su disposición todos los medios de prueba que le permitan acreditar la ausencia de cooperación de la otra parte, a cuyo efecto le bastaría con efectuar fehacientes reclamaciones extrajudiciales y aun proceder a la consignación de la deuda”. Y más adelante señala que “la vía natural para demostrar la vigilante disposición de ánimo en la ejecución de lo debido y la irresponsabilidad por el atraso inmotivado en la conducta propia, es la que procuran los arts. 756 y ss. del Código Civil”.¹⁶⁷

Empero, como fácilmente se advierte, tal como lo destacara el voto de la minoría, cualquier reclamación o citación, efectuada con posterioridad al vencimiento del plazo, sería evidentemente tardía y podría ser desatendida sin consecuencias por el acreedor, máxime cuando —por hipótesis— ella no iría acompañada de ofrecimiento alguno de pago del daño moratorio.

Tampoco la consignación puede constituir para el deudor un remedio razonable. En efecto, es por lo pronto a todas luces evidente la arbitrariedad, de proporciones, que significa exigirle nada menos que la tramitación íntegra de un juicio, con todos los gastos y molestias que supone, además de los riesgos que le son inherentes, siendo que, como la doctrina¹⁶⁸ y aun el propio plenario lo admiten,¹⁶⁹ la consignación no constituye un deber que al deudor pueda serle impuesto, sino tan sólo una facultad que él puede ejercer a su arbitrio, si desea liberarse coactivamente.

Pero aun al margen de dicha consideración, es indudable que la consignación sólo le acarrea al deudor las dificultades propias de la tramitación de un juicio, pero no le proporciona solución alguna, al menos en la situación que examinamos.

En efecto, para que se admita la validez de la consignación, el deudor deberá acreditar en el juicio la procedencia de dicha vía excepcional,¹⁷⁰ lo cual significa que allí deberá demostrar —en el supuesto que le es más favorable— la inconcurrencia del acreedor a recibir el pago, con lo que se llega a la misma dificultad que se quiso superar.

¹⁶⁶ “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio”, LL, 1977-D-841. Allí agrega que “ello, desde luego, no es la prueba de su falta de culpa, pero es una exteriorización oportuna si es hecha inmediatamente, que contribuirá a facilitar la verosimilitud de la prueba que haga el deudor de que el acreedor no concurrió”.

¹⁶⁷ ED, 87-268, considerando 2º.

¹⁶⁸ SALVAT, R.-GALLI, E. V., ob. cit., t. II, N° 1316, pp. 362/3; LAFAILLE, H., ob. cit., t. I, N° 389, p. 340; BUSO, E., ob. cit., t. V, p. 566, N° 11; REZZÓNICO, L. M., ob. y t. cit., p. 798; LLAMBÍAS, J. J., *Estudio sobre la mora en las obligaciones*, p. 64, nota 129; CAZEAUX, P. N.-TRIGO REPRESAS, F. A., ob. cit., t. III, p. 450; GRECO, R. E., nota cit., p. 510; BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *Teoría...*, N° 241, p. 103; ALTERINI, A.-AMEAL, O.-LÓPEZ CABANA, M., *Curso...*, v. I, N° 882, p. 419.

¹⁶⁹ Consid. 2º *in fine* del voto de la mayoría y consid. 8º del voto de la minoría.

¹⁷⁰ BUSO, E., ob. cit., t. V, p. 566; Nos. 8 y 9; LLAMBÍAS, J. J., *Tratado...*, *Obligaciones*, t. II, N° 1546, p. 875.

Y decimos en la hipótesis más favorable al deudor pues, para un destacado sector de la doctrina, la procedencia de la consignación requiere la prueba de la negativa infundada del acreedor frente a una oferta real de pago.¹⁷¹

Por lo demás, no pareciera satisfacer las exigencias de la lógica alegar por una parte, con la posibilidad de la consignación como un arbitrio idóneo para hacer presumir la inconcurrencia del acreedor, en tanto que por la otra, exigir la prueba efectiva de tal inconcurrencia para admitir la procedencia de la consignación.

En definitiva, los defensores de la tesis mayoritaria no han logrado refutar la imputación de que dicha posición coloca al obligado en una situación de desprotección total, ya que los remedios que indican como posibles son totalmente inoperantes.

Y no deja de ser sugestivo que sean los más fervientes partidarios de la interpretación amplia de la "mora automática" quienes, luego de tantos esfuerzos dialécticos para aligerar al acreedor de la prueba de su concurrencia a recibir el pago, deben terminar propiciando un recurso como el del juicio de consignación, tan distante de la celeridad proclamada como exigencia de la vida moderna.

Desde otro ángulo, pero en sentido concordante, debo destacar que la posición mayoritaria conduce a situaciones reñidas con el principio de la buena fe, ofreciendo un indebido amparo al contratante inescrupuloso.

En efecto supuesta por hipótesis la mala fe de alguna de las partes, es notoria la ventajosa posición que, dentro de la comprensión mayoritaria, adquiere quien actúa de mala fe.

Al acreedor de mala fe le basta con abstenerse de concurrir para que el deudor, si obra de buena fe, quede totalmente inerte. A su vez, el deudor de mala fe, capaz de fraguar una prueba, no sólo se encuentra en mucho mejor posición que el de buena fe, sino que incluso frente al acreedor de buena fe, ajeno a la preocupación de preconstituir prueba según la doctrina que examinamos, queda también en situación ventajosa, con grave riesgo para la posición de su contendor.

Y tan disvalioso resultado es a nuestro juicio un elemento decisivo para descalificar la citada comprensión. Y no parece inoportuno recordar aquí —una vez más— la singular vigencia que cobra hoy aquella apreciación premonitoria de Llambías, cuando, allá por el año 1968, alertaba contra ciertos peligros del nuevo sistema, señalando que "en buen número de situaciones dejará inerte al deudor frente a un acreedor de mala fe".¹⁷²

¹⁷¹ MOISSET DE ESPANÉS, L., *Mora del acreedor y pago por consignación*, JA, 1977-II-707; WAYAR, E. C., *Tratado...*, § 110, p. 627, texto y nota 117.

¹⁷² *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, p. 100.

e) Para *nuestra posición*, en las obligaciones que deben cumplirse en el domicilio del deudor, la *mora solvendi* —en principio¹⁷³— no se produce, si el pago requiere la cooperación del acreedor y éste omite su concurrencia a recibirlo.¹⁷⁴ En caso de contienda judicial, según ya lo hemos anticipado, pesa sobre el acreedor la carga de la prueba de su concurrencia a recibir el pago.¹⁷⁵

Tal solución, que es la que se deduce de la simple aplicación de los principios que gobiernan la carga de la prueba, no solamente no encuentra óbice legal alguno, sino que tiene decisivo respaldo tanto en la legislación de fondo como en la ley procesal.

Pasamos a demostrarlo.

En primer término, debemos recordar —incursionando en cierta medida en tierra extraña— que ante la insuficiencia de las máximas tradicionales la ciencia procesal elaboró un sistema de distribución de la carga de la prueba que sustancialmente atiende, ya no a la situación de las partes en el proceso, sino a la propia naturaleza de los hechos que deben ser objeto de comprobación. Y este criterio ha dado lugar a la clasificación de los hechos en constitutivos, impositivos, modificativos y extintivos.¹⁷⁶

Como principio, se admite que al actor le incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión.¹⁷⁷ El demandado puede asumir distintas posiciones en su responde, pero si opone una defensa, como regla le corresponde la prueba del hecho impositivo, modificativo o extintivo en el que sustenta su resistencia.¹⁷⁸

La doctrina procesal ha intentado, asimismo, resumir en una fórmula general los principios aludidos. Así, Alsina propone la siguiente: “Es a cargo de quien lo alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impida su constitución o modifique o extinga un derecho existente”.¹⁷⁹

“Cada parte —ha sintetizado Rosenberg— soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos (aun de los negativos) de las nor-

¹⁷³ Formulamos esta salvedad por cuanto, a semejanza de lo que sucede con la interpelación, pensamos que tal concurrencia no es exigible cuando el propio deudor la torna imposible o inútil.

¹⁷⁴ El deber de concurrir constituye un supuesto específico del deber genérico de cooperación —“deber secundario de conducta”— que pesa sobre el acreedor. En cuanto requisito propio del *incumplimiento material* es además un *presupuesto* de la mora del deudor.

¹⁷⁵ Como se advierte, coincidimos con las conclusiones de la minoría en el plenario de la Cámara Civil que estamos comentando. La coincidencia, sin embargo, no comprende la totalidad de los fundamentos, aun cuando las diferencias sean tan sólo de matiz.

¹⁷⁶ ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., t. III, p. 257.

¹⁷⁷ La carga de la prueba de hechos impositivos, modificativos o extintivos puede también pesar sobre el actor cuando ellos constituyen el sustento fáctico de su acción.

¹⁷⁸ ALSINA, H., ob. y t. cit., p. 258.

¹⁷⁹ Ob. y t. cit., pp. 258/9, Nº 14, ap. e.

mas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra, de los presupuestos de las normas que le son favorables”.¹⁸⁰

Palacio, siguiendo el esquema que divide los hechos en constitutivos, impositivos y extintivos, propuso en su momento la fórmula siguiente: “cada parte soporta la carga de la prueba respecto de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende”.¹⁸¹ Tal comprensión nos parece satisfactoria, al menos en cuanto a nuestro tema se refiere, aunque este autor pareciera posteriormente inclinado por una interpretación que prescinde de la clasificación aludida.¹⁸²

Nuestro Código Procesal contempla el problema de la carga de la prueba en su art. 377, cuyo primer apartado establece genéricamente la necesidad de la prueba de los hechos conducentes controvertidos —“incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido”— y cuyo apartado segundo la distribuye diciendo: “Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho ¹⁸³ de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

Ahora bien, en ciertos supuestos, la ley se aparta de los principios indicados regulando la carga de la prueba de modo diverso. “Ello ocurre —enseña Alsina al desarrollar el tema de la «inversión de la prueba»— siempre que en la ley se establece una presunción *iuris tantum*, que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente. Se funda en las leyes de la naturaleza o en el modo normal de producirse los hechos y su objeto es dar estabilidad a situaciones jurídicas que, de acuerdo con ellas, pueden considerarse normalmente existentes. El efecto de la presunción —agrega el mismo autor— es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente el hecho presumido, pero siempre que se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente”.¹⁸⁴

Veamos pues, de acuerdo con el esquema indicado, cuáles son los requisitos de la mora, que el acreedor invoca, que deben ser objeto de comprobación y si existe alguna presunción legal que exima de su prueba.

A tal efecto, oportuno resulta recordar, con Palacio, que de los múltiples criterios enunciados parece preferible aquel que atribuye carácter *constitutivo* al *hecho específico* del que surge en forma inmediata el efecto jurídico pretendido.¹⁸⁵ Pero ha de advertirse que de su ámbito se encuentran excluidas aquellas circunstancias que, al decir de Chiovenda, constituyen requisitos generales o comunes a todas las relaciones jurídicas, y cuya misma normalidad excusa la prueba de su existencia en cada caso concreto.¹⁸⁶ A su vez, es necesario tener

¹⁸⁰ *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 222.

¹⁸¹ *Manual de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., t. I, N° 195, p. 429.

¹⁸² *Derecho Procesal Civil*, t. IV, N° 409, p. 368.

¹⁸³ Constitutivo, impositivo o extintivo.

¹⁸⁴ Ob. y t. cit., N° 15, ap. a, p. 259.

¹⁸⁵ *Derecho Procesal Civil*, t. IV, N° 409, p. 366, con cita de LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, t. II, p. 87.

¹⁸⁶ *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 283.

presente que los *hechos impeditivos*, cuya prueba incumbe en principio al demandado, comportan, precisamente, la ausencia de cualquiera de esos requisitos generales o comunes.¹⁸⁷

Pues bien, si de lo que se trata es de acreditar la mora del deudor, que es sustancialmente un *incumplimiento calificado*, va de suyo que la carga de la prueba del incumplimiento material, que es su elemento objetivo, no puede recaer sino sobre el acreedor, pues su carácter de *hecho constitutivo* está más allá de toda duda.¹⁸⁸

Y si ha de probarse el incumplimiento, va de suyo que deberán acreditarse todos los requisitos, sin cuya concurrencia el incumplimiento no llega a configurarse, según vimos en su momento. En este punto, aun a riesgo de resultar reiterativo, creo necesario insistir en que si el incumplimiento merece el calificativo de "antijurídico" es porque supone que el juego natural de la dinámica propia de la obligación autoriza a presumir en manos del deudor la posibilidad de cumplimiento, presunción que regirá en tanto este último no aporte la prueba de la imposibilidad derivada de una causa extraña con entidad para excusarlo. Esto es el caso fortuito.

Claro está que si se tratara de una obligación de no hacer donde la infracción que configura el incumplimiento consiste en un hecho positivo, indudablemente que basta con su demostración.

Pero en las obligaciones cuyo cumplimiento comporta una acción y muy especialmente en las que el pago implica una *datio* la cuestión ofrece la particularidad de que la prueba del incumplimiento supone la demostración de un hecho negativo. En esta hipótesis es frecuente oír que se produce una inversión de la carga de la prueba y que al acreedor solamente le incumbe probar la exigibilidad de la obligación, debiendo el deudor acreditar su liberación mediante la prueba del pago. En nuestra opinión, esta comprensión no es exacta. *El acreedor siempre debe probar el incumplimiento*. Lo que ocurre es que, cuando el incumplimiento consiste en un hecho negativo, no es susceptible de prueba directa sino que su existencia ha de deducirse de la demostración de otros hechos positivos que autoricen a inferirlo.¹⁸⁹ Y la única forma de que el acreedor aporte evidencia suficiente como para autorizar a inferir el incumplimiento consiste en la demostración de *todos* los hechos positivos que constituyen los *requisitos propios del incumplimiento*. Sólo en presencia de esta prue-

¹⁸⁷ PALACIO, ob. y t. cit., N° 409, p. 366.

¹⁸⁸ Incluso autores decididamente enrolados en la tesis mayoritaria (en el plenario), lo admiten de modo expreso. Así BORDA, *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 105/6, pp. 95/9; también BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, N° 826, p. 255 (la salvedad relativa a las obligaciones de medio, como hemos visto, no perjudica nuestra comprensión dado que, en tal supuesto, para poder probar el incumplimiento, el acreedor debe incluso demostrar la culpa del deudor).

¹⁸⁹ No necesitamos detenernos aquí en el tema de la prueba del hecho negativo. El voto de la mayoría en el plenario que estudiamos lo ha hecho demostrando, con sólido respaldo doctrinario, que en principio la sola circunstancia de tratarse de un hecho negativo no es suficiente para invertir la carga de la prueba.

ba, que incluye la demostración tanto de la existencia como de la exigibilidad de la obligación, tanto de la definición de las circunstancias del pago cuando ello fuera menester, como de la cooperación del acreedor —incluida su concurrencia a recibir el pago— si hubiere sido necesaria, existirá razón suficiente para que, en ausencia de algún hecho impeditivo o extintivo cuya prueba está obviamente a cargo del deudor, se admita la existencia del incumplimiento.

¿Puede, acaso, admitirse que exista una presunción que invierta la carga de la prueba de tales requisitos? Inconcebible resulta con relación a la existencia, y exigibilidad de la obligación. Poco menos lo es respecto de la necesaria definición de las circunstancias del pago, sin las cuales obvio es que no hay posibilidad de cumplimiento.

¿Cabe admitir un régimen distinto para el deber de cooperación del acreedor, que es un requisito del incumplimiento, no menos requisito que los anteriores?

Así lo sostiene Wayar quien lo plantea como una cuestión de imputabilidad y, generalizando la solución del plenario que comentamos sostiene que “es el deudor el que debe acreditar que su acreedor no prestó la cooperación que debía, pues de ese modo estaría probando su *inculpabilidad* y sin ella no hay mora (art. 509 *in fine*).¹⁹⁰

Ya hemos establecido, sin embargo, que la presunción de imputabilidad que contempla el art. 509 *in fine*, no autoriza la referida conclusión. La *imputabilidad*, como elemento subjetivo de la mora, sólo resulta excluida por la presencia del caso fortuito o la fuerza mayor, únicos extremos a cuya demostración autoriza el recordado art. 509, en su parte final. Por lo demás, aquella generalización sobre la carga de la prueba del deber de cooperación del acreedor, hace incurrir a Wayar en contradicción con respecto a lo que sostiene en materia de prueba de la interpelación. En este punto afirma que “en lo que hace a la *carga de la prueba* nadie duda de que ésta recae sobre el propio acreedor, por aplicación de los principios generales”,¹⁹¹ no obstante que, en su opinión, la interpelación es “una forma de cooperación del acreedor impuesta por la buena fe comercial (art. 1198, cód. civil).¹⁹² Con todo, aquí la coherencia llevaría a un resultado mucho más grave, cual sería imponer al deudor la carga de la prueba de no haber sido interpelado.

¿Habrà que admitir, acaso, que a diferencia de lo que ocurre con los restantes requisitos, el acreedor goza aquí de una presunción a su favor y está dispensado de probar su colaboración? ¿Se trata, acaso, de uno de los “requisitos comunes o generales”, según la expresión de Chiovenda, cuya normalidad excusa su demostración?

En este sentido —aunque sin incluirlo de modo expreso en la citada categoría— Borda ha señalado que “lo que ocurre, según el curso ordinario y nor-

¹⁹⁰ *Tratado...*, § 45, ap. d, pp. 293/4.

¹⁹¹ Ob. prec. cit., § 60, ap. b, p. 399.

¹⁹² Ob. prec. cit., § 77, ap. e, p. 499.

mal de las cosas, es que el acreedor facilite en lo posible la recepción del pago, dado que ese pago se hace en interés suyo. Es contrario a lo razonable que el acreedor ponga dificultades a esa recepción; es irrazonable que se niegue a cooperar para que el pago pueda hacerse efectivo y luego se presente demandando ese pago.¹⁸³

En términos parecidos se pronuncia Wayar, para quien “la colaboración del acreedor se presume cumplida”. “Nadie dudará —agrega este autor— que es al acreedor a quien aprovecha el cumplimiento de la prestación, por lo tanto, es lógico *suponer* que colaboró”. Y dice más adelante que “la experiencia que recogemos diariamente en los estrados judiciales, nos enseña que cuando un acreedor acude al juez es porque ya agotó todos los medios extrajudiciales a su alcance (que incluyen visitas, *reclamos* y toda clase de *colaboraciones*), sin éxito”.¹⁸⁴

Y Bustamante Alsina, fervoroso partidario de la tesis mayoritaria, va todavía más allá: “Si se exige al acreedor —sostiene— la prueba de haber concurrido al domicilio del deudor a recibir la prestación, es porque se está presumiendo que no cumplió con el deber de hacerlo y que el deudor lo estaba esperando para efectuar el pago. Esa presunción en tal caso debería ser destruida por el acreedor a quien se le impone la carga de la prueba de su falta de culpa, que es lo mismo que probar la culpa”.¹⁸⁵

Esta comprensión, latente en el voto de la mayoría —“alguien debe pagar y alguien quiere cobrar”, se dice en el considerando 4º— nos merece algunas observaciones.

Por lo pronto, ella no pareciera haber tenido suficientemente en cuenta que toda cuestión relativa a la carga de la prueba presupone la existencia de una relación jurídica “enferma” —acaso mejor, gravemente enferma— que desemboca en un proceso judicial. Y desde esta perspectiva creemos que la generalización que contienen las opiniones transcriptas peca por exceso. Por nuestra parte, durante los largos años que hemos pasado en el Tribunal, hemos visto infinidad de casos donde la mora imputada al deudor —por lo general, en nuestra experiencia, el comprador de un inmueble— constituía el pretexto para “desahacerse” —vía art. 1204— de un contrato que la inflación había transformado en un mal o pésimo negocio. Y no menos casos hemos visto donde el interés del acreedor radicaba en el juego de un pacto de caducidad del plazo, previsto para el supuesto de mora del deudor. No vamos a negar, por cierto, la existencia de situaciones de la índole de las que mencionan los distinguidos autores citados. Mas creemos que la *praxis* judicial ofrece toda otra gama de situaciones en la cual las que nosotros hemos descripto representan una parte no desdeñable del espectro, muy especialmente en los supuestos que plantean el problema que nos ocupa.

¹⁸³ “Hacia un plenario en materia de mora”, LL, 1978-D-310.

¹⁸⁴ *Tratado. . .*, § 78, ap. d, N° 2, p. 506 y “La mora del deudor cuando su domicilio es lugar de pago”, LL, 1980-C-1129.

¹⁸⁵ “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio”, LL, 1977-D-841, esp. 846.

Por lo tanto, desde que existen múltiples situaciones en que al acreedor más le conviene la mora del deudor —presupuesto de la resolución del contrato o de la caducidad de un plazo prolongado— que la percepción del crédito, no nos parece que las situaciones que describen Borda o Wayar —que existen, desde ya— autoricen a admitir con carácter genérico la presunción que propician.

Menos aún podemos compartir la afirmación de Bustamante Alsina cuando sostiene que exigir al acreedor la prueba de su cooperación importa presumir su incumplimiento. Imponer la prueba del matrimonio, cuando ella es exigible, no importa una presunción de concubinato.

Por lo demás, volviendo al supuesto, aludido por Wayar, de agotamiento por el acreedor de los medios extrajudiciales a su alcance, debemos señalar que nos parece más que improbable que, habiendo mediado “visitas, *reclamos* y toda clase de *colaboraciones*”, el acreedor pueda haber llegado al proceso sin tener medio de prueba alguno, a punto tal que el juez deba plantearse en la sentencia el tema de la carga de la prueba.¹⁹⁶

Las consideraciones que anteceden nos permiten afirmar, en primer término, que no tratándose de un hecho notorio, ni tampoco uno de aquellos “requisitos generales” de las relaciones jurídicas cuya *normalidad* excusa la prueba en cada caso, la cooperación del acreedor, en cuanto hecho conducente invocado en juicio, debe ser objeto de comprobación. Por lo tanto, la concurrencia del acreedor a recibir el pago que no es sino una particular especie del genérico deber de cooperación, debe ser también objeto de prueba.¹⁹⁷

En segundo lugar, habida cuenta que el incumplimiento como elemento de la mora, es un hecho constitutivo de la pretensión del acreedor y su concurrencia a recibir el pago un requisito necesario para que se configure el incumplimiento, en ausencia de una presunción legal que invierta la carga de la prueba, forzoso es admitir, de conformidad con el principio que consagra el art. 377 del Código Procesal, que la prueba de su presencia a recibir la prestación pesa pura y exclusivamente sobre el propio acreedor.

f) Hemos dicho anteriormente que nuestra comprensión no sólo no encuentra obstáculos en la legislación sustancial sino que también en ella encuentra respaldo suficiente.

¹⁹⁶ A fuerza de reflexionar sobre en quién recae el deber de probar, no incurramos en olvido de que el *problema de la carga de la prueba* juega su papel decisivo en la sentencia, cuando el juez, obligado inexcusablemente a dictar su fallo, se encuentra con que no hay prueba suficiente sobre alguno de los hechos conducentes afirmados por las partes. Es allí cuando los principios que rigen la distribución de la carga referida cumplen la función decisiva de determinar sobre cuál de las partes debe recaer el perjuicio que, de la falta de prueba, ha de seguirse fatalmente.

¹⁹⁷ Parece adecuado advertir que la sola circunstancia de que no aceptemos que exista una genérica presunción derivada de la naturaleza de las cosas que beneficie al acreedor, no significa que excluyamos la prueba de presunciones que, reuniendo los requisitos del art. 163, inc. 5º del cód. procesal, puedan jugar un rol decisivo en la demostración del hecho.

En el primer aspecto debe computarse —valga la insistencia— que la presunción de imputabilidad que antes de la reforma consagraba, en términos no demasiado felices, el art. 513 *in fine* y que hoy lo hace el art. 509 en su parte final, es materia extraña a nuestro tema. De donde se sigue que la mentada presunción, de la cual la tesis opuesta extrae su argumento fundamental, no constituye óbice alguno a nuestra conclusión anterior. Aquí basta con remitirnos a lo dicho al tratar de la prueba de la culpa.

En el segundo aspecto, hemos de computar la aplicación analógica de los arts. 510 y 1201.

Con referencia a la eventual aplicación de dichos textos, un sector de la doctrina ha intentado sustentar en ellos la defensa del deudor. Así, para Ca-zeaux, “el incumplimiento de estos deberes de cooperación, cuando tienen término cierto para realizarse, implica un verdadero estado de mora del acreedor. Por consiguiente, la mora de una parte impide la constitución en mora de la otra (art. 510, cód. civil).¹⁹⁸ A su vez, Ramella se pronuncia en términos parecidos expresando que “no habiendo la reforma regulado la mora del acreedor de un modo especial, ésta, por aplicación del principio de la analogía, se operaría, como la del deudor, automáticamente en las obligaciones a plazo expreso y de ahí que, salvo que el acreedor la desvirtúe demostrando que ha intentado prestar su colaboración, el deudor podría invocar esa mora operada *ipso facto* para sostener que por su parte no está en mora, conforme a la doctrina implícita en la solución del art. 510”.¹⁹⁹ Dentro de esta orientación, han de computarse, con matices, las opiniones de Gagliardo²⁰⁰ y Racciatti²⁰¹ y en el propio plenario, el voto de la minoría formula una consideración de este tipo.²⁰²

Por nuestra parte, al tratar del deber de cooperación del acreedor hemos sostenido que los deberes secundarios de conducta, categoría de la cual el de cooperación constituye una de sus expresiones, no son obligaciones desde un punto de vista estrictamente técnico.²⁰³

Es obvio, en consecuencia, que en sentido estricto no puede hablarse aquí de “obligación correlativa”. No obstante pensamos que la aplicación analógica de los arts. 510 y 1201 tiene, efectivamente, cabida en relación al tema que nos ocupa, sólo que, en nuestra opinión, ha de contemplársela desde una óptica diferente.

En efecto, la calidad de factor obstativo de la mora que cuadra asignarle tanto a la omisión del deber de cooperar —en relación a nuestro caso “la

¹⁹⁸ *Examen y crítica de la reforma...*, t. 2, Obligaciones, p. 15, ap. c.

¹⁹⁹ *La resolución por incumplimiento (Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial)*, p. 94.

²⁰⁰ *La mora en el derecho civil y comercial*, p. 66.

²⁰¹ “La mora y las obligaciones a plazo que deben cumplirse en el domicilio del deudor”, JA, 1978-IV-636.

²⁰² Ver consid. 6º, 4º párrafo.

²⁰³ Ver Cap. IV, 2, d; GRECO, R. E., nota cit., cap. X, ap. a, p. 506; COLOMBRES GARMENDIA, I., nota cit., LL, 152-491; MOISSET DE ESPANÉS, L.-VALLESPINOS, C. G., *La mora automática y la colaboración de las partes en Estudios*, p. 59; WAYAR, *Tratado...*, § 45, ap. b, p. 289.

falta de concurrencia a recibir el pago"— como al incumplimiento de las obligaciones "correlativas" o "correspectivas" ("recíprocas" en los términos del art. 510),²⁰⁴ en cuanto una y otro impiden que se configure el "incumplimiento material", que es el elemento objetivo de dicha situación, responde a análogos fundamentos.

En nuestra opinión, va en ello una exigencia de justicia conmutativa que impide que se brinde el amparo de la protección jurídica a quien ha empezado por colocarse al margen de sus disposiciones. En órbita contractual, constituye una de las manifestaciones de la teoría de la causa que impone la protección del sinalagma funcional, al tiempo que representa una aplicación del principio de la buena fe que impide el amparo de una conducta reñida con sus más elementales imposiciones.

Pues bien, la mentada analogía es la que autoriza, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1201, en materia de carga de la prueba, a exigir al acreedor la demostración de su concurrencia a recibir el pago.

g) Finalmente, no podemos dejar de destacar que, desde el *punto de vista del resultado*, la interpretación que propiciamos aparece como notoriamente más valiosa.

La solución propuesta es, ante todo, la más justa y razonable.

Ella satisface debidamente las exigencias de la justicia conmutativa en cuanto, a diferencia de lo que ocurre con la tesis opuesta, preserva el natural equilibrio de deberes y facultades, de cargas y beneficios, que la dinámica propia de la obligación otorga o impone a una u otra de las partes.

Ninguna de ellas se ve sometida a exigencias suplementarias y, menos aún, a la imposición de una carga excesiva. Cada parte no queda sino sujeta a los deberes que le impone la propia naturaleza de la obligación y, para el caso de contienda judicial, a los principios generales que rigen la carga de la prueba. Y ningún argumento valedero puede exhibir el acreedor que le otorgue el privilegio de eximirlo de la prueba.

Desde este enfoque, la solución aparece también como la más razonable y la que mejor se compadece con los dictados de la lógica y el buen sentido,²⁰⁵ que no consienten las consecuencias que se derivan de la posición contraria, que hemos denunciado anteriormente.

²⁰⁴ LLAMBÍAS ha señalado que "no se exige que el acreedor ya esté constituido, a su vez, en mora: basta para ello que haya incurrido en incumplimiento material" (conf. *Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 120, p. 152). En el mismo sentido, GALLI destaca la necesidad de "no estar a su vez en *retardo* el contratante que quiere constituir en mora" (conf. sus adiciones a SALVAT, ob. y t. cit., N° 113, p. 124). También ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA aluden al acreedor que a su vez ha incumplido "aunque sea sólo materialmente" (conf. *Curso...*, t. I, N° 397, p. 184).

²⁰⁵ Bien ha dicho LLAMBÍAS, tratando precisamente de la mora, que el derecho "es el ámbito de la lógica y el buen sentido" (*Tratado cit., Obligaciones*, t. I, N° 129, p. 160).

Asimismo, apreciada en función del principio jurídico de la buena fe negocial, al erigirse en custodia de la lealtad que debe privar en las relaciones contractuales e impedir —o al menos no facilitar— maniobras que la tesis opuesta permite, según hemos visto, la comprensión que sustentamos resulta indudablemente la más valiosa. En este sentido, vale la pena destacar que, en marcado contraste con la doctrina plenaria, donde el deudor queda indefenso frente a un acreedor de mala fe, en nuestra posición, frente a un deudor de mala fe, el acreedor cuenta con las mayores facilidades para preconstituir prueba de su concurrencia.

h) Las razones expuestas en los apartados anteriores tornan necesaria la revisión del plenario comentado, cuya doctrina legal resulta incorrecta desde el punto de vista técnico legal y disvaliosa desde el punto de vista axiológico. Y aconsejan la adopción del criterio allí minoritario, que al hacer recaer sobre el acreedor la carga de la prueba de su concurrencia a recibir el pago, se ajusta a nuestro ordenamiento positivo, satisfaciendo los requerimientos del principio de la buena fe y las exigencias de la justicia conmutativa.

V

SINTESES FINAL

1. Conclusiones:

Los desarrollos anteriores nos permiten resumir nuestra posición en los siguientes términos:

a) Las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor no configuran un supuesto de excepción en cuanto al régimen de constitución de mora y requieren por lo tanto la concurrencia de sus elementos objetivo, subjetivo y formal. En consecuencia, cuando se trata de “obligaciones a plazo” (art. 509, párr. 1º), supuesta como es obvio la presencia de los elementos objetivo y subjetivo, también en ellas “la mora se produce por su solo vencimiento”.

b) La expresión “su solo vencimiento” del art. 509, que alude a la “mora automática” debe interpretarse con el implícito aditamento “sin que necesaria la interpelación del acreedor”. Ella no excusa por lo tanto la necesidad de la presencia de los restantes elementos de la mora.

c) Cuando el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, siempre que el pago requiera la cooperación del acreedor, la *mora solvendi*, en principio, no se produce si aquél omite su concurrencia a recibir el pago.

d) Excepcionalmente, la concurrencia del acreedor puede ser dispensada si, por un acto imputable al deudor, ella se ha tornado imposible o estéril.

e) La comprensión que, en las deudas *quérables*, pone a cargo del deudor la prueba de la falta de concurrencia es inexacta desde el punto de vista técnico legal y disvaliosa desde el punto de vista axiológico.

f) La denominada "concepción dinámica del patrimonio" es incompatible con el espíritu de la ley 17.711 y no puede sustentar la comprensión aludida en el punto anterior.

g) La presunción de imputabilidad del incumplimiento que consagra el art. 509, en su párrafo final, sólo puede ser desvirtuada mediante la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor.

h) La inconcurrencia del acreedor a recibir el pago que importa el incumplimiento de su deber de cooperación, no constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y, por ende, queda al margen de la carga impuesta al deudor por el art. 509.

i) La tesis mayoritaria en el plenario que comentamos, al colocar al deudor diligente en situación en extremo gravosa y de virtual indefensión en caso de contienda judicial, rompe el equilibrio natural de la dinámica de la obligación, resulta contraria a las exigencias de la justicia conmutativa y facilita actitudes reñidas con el principio de la buena fe negocial.

j) El deber del acreedor de concurrir a recibir el pago, una de las manifestaciones de su genérico "deber de cooperación", configura un requisito del "incumplimiento material" y, como presupuesto, integra el elemento objetivo de la mora.

k) Alegada y controvertida en sede judicial, cuando constituye un hecho conducente, la concurrencia del acreedor a recibir el pago, que obviamente no es un hecho notorio, debe ser objeto de comprobación.

l) La referida concurrencia no constituye uno de los llamados "requisitos generales o comunes a todas las relaciones jurídicas", de los que se ha dicho que "su misma normalidad excusa la prueba de su existencia en cada caso".

m) El carácter de "hecho negativo" que, por lo general, asume el incumplimiento, no exime de la carga de la prueba.

n) La demostración de la concurrencia del acreedor a recibir el pago está sujeta a los principios generales que gobiernan la distribución de la carga de la prueba.

o) El hecho negativo no determina una real inversión de la carga de la prueba, sino que por no ser él susceptible de prueba directa, debe ser inferido a través de la demostración de la existencia de hechos positivos.

p) La prueba del "incumplimiento material" del deudor requiere la demostración de *todos* los requisitos sin cuya concurrencia aquél no se hubiera configurado. Cuando el incumplimiento importa un hecho negativo solamente la

completa demostración de dichos requisitos autoriza a presumirlo, presunción que sólo cederá ante la presencia de un hecho impeditivo o extintivo.

q) El incumplimiento del deudor reviste el carácter de un "hecho constitutivo" de la pretensión del acreedor, calidad que comprende a todos sus requisitos, incluida la presencia a recibir el pago. La simple ausencia no configura un "hecho impeditivo" que deba ser demostrado por el deudor.

r) Las normas que rigen la distribución de la carga de la prueba *determinan que sea el propio acreedor* quien demuestre su concurrencia a recibir el pago, conclusión que se ve robustecida por la aplicación analógica de los arts. 510 y 1201 del Código Civil.

s) Al resultar materia extraña a las previsiones del apartado final del art. 509, ninguna presunción existe sobre la concurrencia del acreedor que determine la inversión de la carga de la prueba.

t) Nada impide al acreedor valerse de todos los medios de prueba, incluso las "presunciones *hominis*" que resulten de las circunstancias de causa y satisfagan las exigencias del art. 163, inc. 5º del Código Procesal.

u) La comprensión que pone a cargo del acreedor la prueba de su concurrencia a recibir el pago es la que mejor satisface los requerimientos del principio de la buena fe negocial y las exigencias de la justicia conmutativa.

2. A modo de epílogo:

Al presente trabajo nos acercaron dos géneros de preocupaciones.

El primero, se vincula con la materia específica de nuestro examen y se originó en el profundo rechazo que, ya desde el conocimiento de sus primeras expresiones doctrinarias y aun antes de haber ahondado en el tema, nos produjo siempre la solución que hoy parece consolidarse en la jurisprudencia. La razón decisiva de ese rechazo, casi epidérmico, no fue otra que la manifiesta injusticia que encierra la tesis que combatimos, que implica dejar al deudor en situación de virtual impotencia, librado a la buena o mala fe de su acreedor y expuesto a las gravísimas consecuencias derivadas de la mora. Y para quienes hemos adherido al realismo jurídico que se nutre en los postulados del derecho natural clásico, la iniquidad de una solución es suficiente para descalificarla. El examen más detenido del tema, tal como surge de los desarrollos precedentes, nos ha ratificado en nuestra inicial comprensión.

El restante, se relaciona con el resurgimiento, apreciable desde hace algunos años, de una corriente que, inspirada en una mentalidad racionalista que concibe al derecho como un sistema dogmático, ha entendido la función de la jurisprudencia como una labor de pura lógica deductiva, atendiendo más al rigor de sus silogismos que a la justicia de sus resultados. Tributaria de una formación positivista —verdadero dogma por muchos años en nuestra universidad oficial— esta corriente ha desarrollado un particular apego a los términos de la ley, que encierra el peligro de relegar a un oscuro segundo plano la fun-

ción de la jurisprudencia, cuyo sentido creador ha sido en nuestro país una de sus más salientes virtudes.²⁰⁶

Y con el presente trabajo, no hemos pretendido otra cosa que aportar elementos de juicio que, de alguna manera, puedan contribuir a la revisión tanto de aquella doctrina como de esta tendencia, para bien de la justicia.²⁰⁷

En nuestra tarea, hemos contado con la segura dirección del pensamiento de Llambías, de quien nos sentimos orgullosos de considerarnos sus discípulos.

FRANCISCO ALBERTO VOCOS

²⁰⁶ En este sentido, basta con recordar la notable labor que cumplió nuestra jurisprudencia en la incorporación a nuestro *derecho vivo* de figuras como la lesión, la teoría de la imprevisión y el abuso del derecho, imponiendo incluso su incorporación al texto de la ley, que se alcanza con la reforma de 1968. Y acaso tampoco deba olvidarse la tarea cumplida, a partir de 1977, en defensa de la equivalencia de las prestaciones.

²⁰⁷ Virtualmente terminado este trabajo, llega a nuestro conocimiento el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial *in re* "García, Adolfo y otro c. Sniafa, S. A.", donde con fecha 2 de agosto ppdo., se estableció la siguiente *doctrina legal*: "En una compraventa la falta de pago del precio o su saldo, en el plazo legal o convencional, provoca la mora del deudor por su solo vencimiento, cuando el lugar es su propio domicilio". Razones de tiempo nos impiden detenernos en su comentario, cosa que lamentamos. Pero no podemos menos que destacar el importante aporte que significa el voto de la minoría, que ha mostrado nuevas facetas de la cuestión, enriqueciendo el debate.

Desde otro ángulo, nos atrevemos a pensar que este nuevo contraste no priva de interés a nuestro trabajo. La ajustada mayoría obtenida por la tesis opuesta hace presumir que aún se está lejos del agotamiento del debate. Y mucho más lejos se está de haber conmovido los fundamentos que sustentan nuestra posición.

ALGUNAS PAGINAS DE LLAMBIAS

NOCIÓN VERDADERA DEL DERECHO. El derecho es el *orden social justo*. Tal la tesis de Renard, a la que nosotros adherimos.

La existencia del hombre es consecuencia del amor de Dios. El, la felicidad indeficiente, quiso en la efusión de su generosidad volcar su misma felicidad en otros seres a los que creó destinándolos a participar de su vida eterna. Pero no los creó necesariamente sujetos a esa gloria, sino que aún para aumentarla si cabe, hizo Dios a los hombres inteligentes para que con la luz de la mente lo conocieran a El, los dotó de voluntad para que lo amaran y tendieran a El, los dotó de libertad para que conociéndolo y amándolo lo sirvieran y con ello conquistaran su felicidad eterna participando de la vida divina. Tal el fin último o sobrenatural del hombre.

Pero en tanto dura su travesía por la tierra, el hombre, como se dijo, está tomado en el engranaje social. Es que encuentra en la raíz de su ser una tendencia o apetito de sociabilidad que le comunica su propia naturaleza. Es en la "convivencia", en el vivir con otros, donde encuentra el ambiente propicio para el despliegue de las potencias que anidan en la intimidad de su ser, en consecución de su fin último y de los fines intermedios o naturales que la criatura humana se propone continuamente y que le proporcionan una cierta felicidad temporal: satisfacción de aspiraciones, necesidades, placeres, cumplimiento de deberes.

Ahora bien, como los fines naturales del hombre son múltiples como múltiples son las solidaridades que fomentan la vida social, en vista de la libertad, presente siempre en el hombre, que mal usada podría hacer fracasar toda suerte de convivencia, surge la necesidad imperiosa de disciplinar la conducta de los hombres para lograr un orden resultante que favorezca la obtención de los fines intermedios o naturales y no cohíba ni dificulte el acceso al fin último o sobrenatural de la persona humana.

Ese ordenamiento de la vida social, que es la única manera de existir la vida humana, es el derecho. Pero para que el derecho sea verdaderamente tal y no una mera fachada externa, el orden impuesto ha de ser *justo*, es decir

“ajustado” a las características propias de lo ordenado, que es la conducta humana. Así como el conocimiento es la adecuación de la cosa al intelecto agente, *adequatio rei et intellectus*, el derecho es la adecuación o ajuste de la vida a la regla que le es propia, como dice Santo Tomás. Se trata pues de descubrir cuál es la regla que se adapta convenientemente a las exigencias propias de la vida humana y a la dignidad de sus fines, lo que se reconoce por la idea a la que la norma sirve. Pues una regla suscita un cierto orden y todo orden importa la realización de un designio, un tema, una idea dominante. Ahora bien, ¿cuál es el tema de la regla de la vida que la constituye en “derecho”? Ese tema es la “justicia” entendida como la proporción entre las exigencias de la persona humana y los bienes aptos para proveer a dichas exigencias en vista de la consecución de los fines humanos. El bien —define Aristóteles— es lo que los seres apetecen. Así, pues, un orden social será justo y por tanto verdaderamente *derecho*, no remedo de tal, cuando instaure una disciplina de la conducta humana que tome en cuenta al hombre como realmente es, criatura racional dotada de inteligencia y voluntad que se propone con sujeción a la moral los fines más diversos que la vida permite alcanzar, y en vista de ello le provea de un ambiente social, apto en su organización, para el logro de tales fines.

(Del *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, Abeledo Perrot, 1975, pp. 20/2).

CONTENIDO MORAL DEL ACTO JURÍDICO. De todas las menciones que contiene el art. 953, la más importante y trascendente es la que se refiere a las buenas costumbres, esto es, el contenido moral del acto jurídico. El derecho es una disciplina de conducta al servicio del hombre, en la plenitud de su vida y en la dignidad de sus fines. Por esto es que el derecho no autoriza ni ampara los actos contrarios a la moral, a los que esta misma disposición legal declara con una frase enfática: “nulos como si no tuviesen objeto”.

El concepto de “buenas costumbres” se identifica con la moral. Esta identificación surge hasta de la fórmula “moral y buenas costumbres” que usa el codificador en los arts. 14, inc. 1º, y 1501. En otras ocasiones utiliza la frase “buenas costumbres” (arts. 21, 530, 792, 795, 953, 1503, 2261 y 3608), y en otras más alude lisa y llanamente a la moral (arts. 564, 1047, 1206 y 1891). Pero no cabe duda de que el concepto significado es siempre el mismo en todos los casos.

Acerca de qué es lo que concretamente debe entenderse por moral y buenas costumbres se han emitido dos opiniones. Para la primera se trata de un concepto relativo dependiente de la aceptación general que de él hagan los individuos. Según otra opinión, a la que nosotros adherimos, la moral men-

tada por el Código Civil es la moral católica, es decir, la que define la Iglesia y enseñan los teólogos y doctores. Ya Vélez Sársfield se pronuncia a favor de una moral de base religiosa, y no laica, en su nota al art. 530, donde nos dice en un estilo no exento de elegancia que "en el lenguaje del derecho se entiende por buenas costumbres el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas".

Nos parece que esta tesis cuenta en nuestro país con un sólido fundamento constitucional, dado que la Iglesia Católica define el contenido de la moral, y desde que ella no es en la organización jurídica argentina una institución contingente, sino necesaria (conf. antiguo art. 33, Código Civil), estando el gobierno obligado a sostener el culto católico (art. 2º, Constitución Nacional). En efecto, los constituyentes argentinos, después de haber dispuesto la organización del Estado (art. 1º, Constitución Nacional), han impuesto a éste su primer deber, consistente en el sostenimiento del culto católico apostólico romano (art. 2º, Constitución Nacional).

A veces se ha atribuido al verbo "sostener" que usa la Constitución un sentido materialista, restringido a la provisión de fondos para costear las ceremonias del culto divino. No es el adecuado en una buena hermenéutica, ya que sería absurdo que el Estado costeara una mera apariencia ritual desentendiéndose indiferentemente de la doctrina enseñada por la institución que tributa ese mismo culto, y desconociendo que culto y doctrina moral son dos aspectos del servicio de Dios que no es posible disociar. Cuando esto se hace se infiere a los constituyentes una injuria gratuita consistente en la hipocresía de mostrar un aparente respeto por el culto a Dios acompañado del menosprecio por la doctrina moral que a ese culto está ligada.

Lo cierto es que "sostener", según la acepción corriente, no quiere decir simplemente proveer de recursos a alguien, sino que significa mantener firme una cosa, sustentar y en sentido figurado, dar apoyo o aliento. Por tanto, si nos atenemos a la extensión adecuada de los conceptos significados, se advierte que todo un ideal de vida está presente en esta doble disposición de los arts. 1º y 2º de la Constitución Nacional, pues inmediatamente después de establecido el órgano del Estado temporal, se asigna a éste una función de primordial importancia, referente al mantenimiento del ideal espiritual de los argentinos.

Al apreciar el contenido moral concreto que debe tener el acto jurídico nos atenemos a la directiva que emana de nuestra Carta Magna. Esta tesis, además de ser correcta conforme a los principios básicos de la hermenéutica,

tiene la ventaja de dar a la noción de la ética una gran estabilidad y firmeza puesto que independiza el contenido moral del acto de una apreciación subjetiva del juez; no es asunto que dependa de la moralidad rigurosa o desaprensiva de los individuos que ejerzan la judicatura, sino de la moral católica definida por la Iglesia.

Esa es también la opinión que en Francia ha sustentado Ripert, no obstante que en ese país no concurren los motivos constitucionales que se han recordado.

(Del *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. II, Abeledo Perrot, 1982, pp. 330/2).

Documentos

DISCURSO DE S.S. PIO XII A LOS MIEMBROS DEL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO, 20 DE MAYO DE 1948

1. Sed bien venidos, señores, porque es un verdadero gozo para Nos veros reunidos aquí en el vigésimo aniversario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

2. Después de veinte años pasados en una austera labor, vuestro jubileo ilumina como un rayo de bienhechora claridad la noche espesa que envuelve la situación presente de la humanidad, que pesa sobre nuestra civilización occidental y proyecta muy particularmente su oscura sombra sobre todo el terreno jurídico.

3. Creedlo; nadie siente esto más profundamente que la Iglesia, que se considera con todo derecho como la madre de esta civilización occidental, de la que han recibido y reciben todavía hoy su impulso los pueblos no sólo de Europa y América, sino del universo entero.

Sentido innato del derecho y de la justicia en el hombre

4. Esto os explica suficientemente el vivo interés que en Nos ha suscitado la exposición de la actividad desplegada hasta el presente por vuestro Instituto. *Opus arduum*, ciertamente, y que honra la inteligencia, la sabiduría y el trabajo de los que en él se han ocupado. Nos añadimos gustosamente: obra también de infatigable

paciencia, de tenacidad en perseguir el fin propuesto, obra de tacto prudente y delicado en el examen y en la evaluación de las posibilidades tan diversas según la capacidad y los caracteres propios de cada pueblo. Obra, sobre todo, de imperturbable confianza en el sentido del derecho y de la justicia, innato en el corazón de la humanidad. ¡Qué testimonio tangible de la convicción de que, bajo la inagotable variedad de formas, el derecho presenta un fondo de elementos jurídicos comunes!

5. ¡Gracias a Dios! Nos no quedamos atrás, y Nos acogemos con vivo placer la ocasión que nos ofrecéis de manifestar una vez más nuestra propia confianza en este sentido del derecho y de la justicia, profundamente anclado en la naturaleza humana, nuestra propia convicción de la realidad de este rico fondo jurídico común a todos los pueblos. ¡Ojalá podáis encontrar en esta declaración del Jefe de la Iglesia universal un aliento y un estímulo para proseguir animosamente vuestra tarea!

6. No se podría, en efecto, pretender unificar el derecho privado de los pueblos sin estar previamente convencidos de la existencia ineluctable y válida en todas partes de este derecho. Y por otra parte, ¿cómo se podría estar convencido de su existencia y de su valor universal sin estarlo de la necesaria irradiación de la personalidad humana sobre las múltiples relaciones de los hombres entre sí, incluso y sobre todo en el terreno de los bienes y de los servicios? Sólo aque-

llos que no quieren ver en el individuo más que una simple unidad que hace número con una infinidad de otras unidades igualmente anónimas, más que un simple elemento de una masa amorfa, de un conglomerado que es todo lo diametralmente opuesto a una sociedad cualquiera, pueden adormecerse con la vana ilusión de regular todas las relaciones entre los hombres únicamente sobre la base del derecho público. Sin contar con que el mismo derecho público se desmorona desde el momento en que la persona deja de ser considerada, con todos sus atributos, como el origen y el fin de toda vida social.

Derecho privado relativo a la propiedad

7. Estas reflexiones valen, ante todo, en las cuestiones del derecho privado relativas a la propiedad. Aquí está el punto central, el foco alrededor del cual, por la fuerza de las cosas, gravitan vuestros trabajos. El reconocimiento de este derecho se mantiene firme o se derrumba con el reconocimiento de los derechos y de los deberes imprescriptibles, inseparablemente inherentes a la personalidad libre, que el hombre ha recibido de Dios. Sólo quien rehusa al hombre esta dignidad de persona libre puede admitir la posibilidad de sustituir el derecho a la propiedad privada (y, por consiguiente, la propiedad privada misma) por un vago sistema de seguridades o garantías legales de derecho público. ¡Que no lleguemos a ver la aurora del día en que, en este punto, una rotura definitiva venga a se-

parar a los pueblos! Dificil lo es ahora, pero el trabajo de unificación del derecho privado llegaría entonces a ser radicalmente imposible. Con este mismo golpe, una de las columnas maestras que han sostenido durante tantos siglos el edificio de nuestra civilización y de nuestra unidad occidental cedería y, como las de ciertos templos antiguos, quedaría sepultada bajo las ruinas amontonadas por su caída.

8. ¡Gracias a Dios, aún no hemos llegado a este punto! Sin embargo, la falta de escrúpulos, con que hoy se violan derechos privados incontestables, no solamente en la conducta particular de ciertos pueblos, sino también en convenciones internacionales y en intervenciones unilaterales, es como para alarmar a todos los vigías cualificados de nuestra civilización. Una vez más, no hemos llegado todavía hasta este punto, y en la vida jurídica de los pueblos las fuerzas sanas parecen finalmente reponerse, recobrar su vigor y dar lugar a la esperanza. Un síntoma de esta renovación es precisamente a nuestros ojos la persistencia y la perseverancia de nuestro Instituto, al cual un buen número de Estados y organizaciones han otorgado hasta el presente su apoyo y, Nos no lo dudamos, se lo seguirán prestando. Por esto, de todo corazón, Nos os renovamos la expresión del confiado interés que tenemos en este jubileo, a la vez que invocamos sobre vosotros, sobre vuestras familias, sobre todos los que os son queridos, la abundancia de las gracias y bendiciones divinas.

Notas Bibliográficas

"CODIGO CIVIL ANOTADO", Doctrina-Jurisprudencia, 5 tomos, dirigido por Jorge Joaquín Llambías, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Existen obras jurídicas que por sus características dificultan el comentario bibliográfico que de ellas quiera efectuarse, ya que al pretender elaborar una síntesis de sus contenidos, se corre el riesgo de no apreciarlas en todas sus dimensiones.

Tal es lo que acontece al encarar el comentario del "Código Civil Anotado", redactado bajo la dirección de uno de los más notables pensadores que ha dado la ciencia jurídica argentina: el doctor Jorge Joaquín Llambías, quien llevó a cabo la tarea secundado por un equipo de colaboradores y la participación de los doctores Atilio Aníbal y Jorge Horacio Alterini.

La obra consta, hasta el presente, de cinco tomos: el primero de ellos referido a las Personas y la Familia fue redactado con la colaboración de los doctores Patricio Raffo Benegas, Eduardo Julio Pettigiani, Antonello Tramonti y Fernando Posse Sagüer. El tomo segundo A trata las obligaciones en general, sus clasificaciones y sus modos extintivos. El tomo segundo B, que analiza la teoría general de los hechos y actos jurídicos y los actos ilícitos en particular fue elaborado con la colaboración del doctor Raffo Benegas. El tomo tercero A, a cargo del doctor Atilio Aníbal Alterini, desarrolla la teoría general de los contratos, y en especial la sociedad conyugal y la compraventa; en su elaboración colaboraron los doctores Julio César Rivera y Fernando Posse Sagüer. Por último, el tomo cuarto A, a cargo

del doctor Jorge Horacio Alterini, se refiere a los derechos reales.

El "Código Civil Anotado" presenta una sistematización similar en todos sus tomos; cada uno de los artículos fue concordado con los demás, y comentado teniendo en cuenta la opinión doctrinaria más relevante en cada caso, al tiempo que, un apartado especial, menciona los antecedentes jurisprudenciales de mayor trascendencia que resultan aplicables a cada tema, siendo aquéllos, cuando la importancia lo requiere, comentados por el autor.

Asimismo, al comienzo de cada título, capítulo, o incluso de algunos artículos, en este caso cuando su peculiar importancia lo justifica, se inserta una selección de bibliografía atinente a los temas allí tratados y que sirven de guía para el lector en caso de que pretenda un desarrollo más exhaustivo de cada asunto.

En los tres primeros tomos de la obra es donde ha participado más activamente el doctor Llambías, no sólo dando directivas para la elaboración de los mismos, sino redactando sus contenidos, para lo cual utilizó como base, en lo que hace a la doctrina, obras por él publicadas.

En el tomo primero, al tratarse a las personas como sujetos de derecho, adquiere fundamental importancia la posición iusnaturalista del autor, que descarta al derecho como creación arbitraria del legislador para entenderlo como "disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos", de tal forma que el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer en todo ser humano la calidad de persona, caso contrario, resultaría

irremediablemente agraviado el bien común.

La claridad conceptual del maestro queda perfectamente expuesta en el siguiente pensamiento: "El derecho no es el amo del hombre, sino que, a la inversa, está a su servicio, desde que el hombre y sólo el hombre es el protagonista y destinatario del derecho"; tal aseveración contrasta con la concepción positivista, en la que la calidad de persona es conferida por el derecho como imposición del legislador.

Dicha concepción iusnaturalista es la que primó en el tratamiento de todos los temas relativos a los sujetos de derecho, sin perjuicio de mencionarse otros puntos de vista sustentados, sobre cada tópico en particular, por distintas corrientes de opinión.

En esta parte de la obra es remarkable el poder de síntesis evidenciado por el autor al analizar diversos temas, como por ejemplo los relativos: a las personas de existencia ideal, en especial lo atinente a la responsabilidad extracontractual de las mismas, a las personas naturales, en particular su régimen de capacidad e incapacidad; al domicilio, con su clasificación y efectos; a la ausencia y ausencia con presunción de fallecimiento; al régimen de la minoridad, etc.; todas ellas, instituciones jurídicas que son tratadas con la precisión y maestría, que en todo momento caracterizaron al escritor.

No obstante, es la segunda parte de este primer tomo la que adquiere un significado peculiar y ello es debido a que en su extensión se encuentran tratadas importantes instituciones del derecho de familia, sobre las que el doctor Llambías, en forma integral, no había publicado obra alguna, sin perjuicio de que su pensamiento fue vastamente conocido a través de su fecunda labor judicial.

Siendo el Derecho una ciencia reguladora de conductas humanas y teniendo la doctrina de los autores una importancia capital en la evolución de

aquél, orientando su interpretación y propiciando cambios en la legislación y en la jurisprudencia, es altamente beneficioso contar con el enfoque que sobre temas como el matrimonio, la filiación, el parentesco, la patria potestad, la tutela y la curatela, realiza un jurista de la calidad moral e intelectual del autor, por ser dichas instituciones pilares básicos de la organización de toda sociedad.

El segundo tomo A, en lo que se refiere a la parte doctrinaria, se basa fundamentalmente en el magnífico *Tratado de las Obligaciones* del doctor Llambías, complementada por una reseña jurisprudencial de vigente actualidad.

La teoría general de las obligaciones, expuesta con singular eficacia, presenta numerosos tópicos para destacar, entre los que corresponde mencionar el tratamiento de la causa como elemento de las obligaciones, admitiendo el autor como tal sólo la llamada fuente o eficiente y descartando la virtualidad de la causa móvil como propia de la teoría general de los derechos creditorios, así como también de la de los actos jurídicos.

Asimismo, adquiere marcada importancia el estudio de la mora como incumplimiento jurídicamente relevante y el análisis exhaustivo del artículo 509, en punto a la casuística legal que plantea, a los efectos de la constitución en mora del deudor en los distintos tipos de obligaciones, ya sean puras y simples o sujetas, en cuanto a su exigibilidad, a diversas clases de plazos.

El pensamiento iusfilosófico del autor adviene sumamente valioso al exponer, anotando al art. 515 del Código Civil el concepto, características, casos y efectos de las obligaciones naturales, fijando para ello, claramente la virtualidad del derecho natural, fundamento de aquéllas, como ordenamiento jurídico válido que procura la instauración de la justicia en la sociedad con prescindencia de lo que determine el derecho positivo que está ligado al designio del legislador de turno.

Merece atención deferente, en la clasificación de los derechos creditorios, el tratamiento que se le brinda a las obligaciones dinerarias y a las deudas de valor, lo que adquiere relevancia en virtud de que la depreciación del signo monetario, común en nuestros días, introduce un factor desequilibrante a las prestaciones originariamente pactadas, circunstancia no regulada adecuadamente por nuestro derecho positivo.

El principio nominalista impide, en el criterio del autor, la actualización de las deudas dinerarias, contrariamente a la postura sustentada por una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial que admite el reajuste de lo debido en caso de existir mora del deudor. Este último parecer es criticado en la anotación al Código Civil, admitiéndose únicamente la indexación cuando media: a) el pacto de una cláusula estabilizadora, b) determinación o autorización del legislador y c) incumplimiento doloso del deudor.

La parte segunda del tomo segundo A, trata ágilmente los distintos modos extintivos de las obligaciones, siendo remarcable el acierto con el que se expone la teoría general del pago; la particularidad con que se enfoca el pago indebido en sus tres supuestos: a) el pago por error, b) el pago sin causa legítima y c) el pago obtenido por medios ilícitos y el detallado estudio de la transacción. Instituto jurídico este, al que normalmente la doctrina no le brinda la adecuada atención que merece en virtud de su trascendencia en la práctica jurídica.

En el tomo segundo B, al tratarse la teoría general de los hechos y actos jurídicos, es destacable el análisis que se efectúa respecto de los vicios del acto jurídico, así como también las nulidades que les conciernen, lo que realiza el autor con la precisión terminológica y conceptual que lo caracterizan, al tiempo que desarrolla y defiende la categoría de actos jurídicos inexistentes. En tal sentido, distingue claramente la nulidad de la inexistencia, remarcando que ello no implica un mero valor lógico, sino que reviste gran importancia práctica, que

se aprecia palmariamente en las diferencias que presenta el funcionamiento de una y otra categorías.

La segunda parte del tomo segundo B, examina los actos ilícitos en forma integral, abarcando numerosos temas referentes a ellos, pero merece especial atención el análisis que se efectúa de la responsabilidad extracontractual derivada de la comisión de un hecho ilícito.

En dicho análisis, es defendido con brillantez el principio jurídico de que "no hay responsabilidad sin culpa", afanándose el autor por demostrar en el contexto integral del sistema jurídico-normativo vigente la preeminencia de tal idea. Asimismo es criticada con agudeza la forma en que fue introducida en el sistema del Código Civil la teoría del riesgo creado como factor de atribución objetivo, lo que se realizó a través de la ley 17.711 sin establecerse límites precisos y adecuados a su aplicación.

El tomo tercero A, a cargo del doctor Atilio Aníbal Alterini, conoce acerca de los contratos en general y de la compraventa y sociedad conyugal en particular, siguiendo los lineamientos generales de la obra.

El doctor Alterini, antiguo colaborador del doctor Llambías, en el desempeño de la docencia universitaria, incursona eficazmente en temas que le son ampliamente conocidos por el trato cotidiano que de ellos realiza, lo que le permite efectuar de todos ellos un análisis, claro, práctico y dinámico que pone de relieve sus dotes de jurista de excepción.

Finalmente, el tomo cuarto A, redactado en su integridad por el doctor Jorge Horacio Alterini, con la dirección y revisión del director de la obra, quien efectúa asimismo acotaciones a algunos de los fallos reseñados, traza un panorama claro de los derechos reales, en especial en relación al dominio y al condominio; sin perjuicio de lo expuesto en asuntos de difícil tratamiento como la posesión, la tenencia y las acciones posesorias, so-

bre los que no existe una coincidente opinión doctrinaria.

El doctor Alterini expone, con reconocida autoridad, su concepción acerca de las distintas instituciones que desarrolla, exponiendo asimismo, con amplitud de criterio otras ideas manifestadas sobre los mismos temas, lo que enriquece la obra que se comenta en este trabajo.

Este somero *racconto* de las distintas partes de la obra publicada, permite apreciar la gran utilidad de ésta, tanto para los estudiosos del Derecho, como para los que con un sentido práctico, procuran encontrar rápida res-

puesta jurídica a los problemas que se les plantean, lo que a través del contenido de la obra es perfectamente logrado en virtud de la exposición clara de la doctrina de los autores y de la más reciente jurisprudencia de los tribunales del país.

El doctor Jorge Joaquín Llambías, luego de haber dedicado su vida al desarrollo y enseñanza de la ciencia jurídica, alcanzando los más importantes logros, culmina su obra con el "Código Civil Anotado", que es fiel exponente de su pensamiento.

OSCAR JOSÉ AMEAL