Obra adaptada a los programas
de enseñanza de las Universidades
Nacionales y Privadas

MANUAL DE DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES

JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS
PATRICIO RAFFO BENEGAS
RAFAEL A. SASSOT

DECIMOCUARTA EDICION

FOTOCOPIADORA
C.E.D.
CARPETA: 506
S/F -
FOLIO: 5
D/F 200

50600005

franjamorada

FOTOCOPIADORA
C.E.D.
CARPETA: 506
FOLIO: 5 S/F D/F 108

Obra adaptada a los programas
de enseñanza de las Universidades
Nacionales y Privadas

Manual de Derecho Civil

Obligaciones

JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS
PATRICIO RAFFO BENEGAS
RAFAEL A. SASSOT

Decimocuarta edición

LexisNexis®
Abeledo-Perrot
Buenos Aires

Llambías, Jorge Joaquín Manual de derecho civil : obligaciones. - 14a ed. - Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2005.

792 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-20-1650-5

1. Derecho Civil-Obligaciones. I. Título

CDD 346

347.41
LLA
85793

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires Argentina
Tel. (54-11) 5235-5430 - info@lexisnexis.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1650-5

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2°, 9°, 10, 71, 72, ley 11.723).

La presente publicación oficial se ajusta a la cartografía establecida por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Instituto Geográfico Militar por ley 22.963 y ha sido aprobada por expediente N° GG04 1331/5, de fecha 5 de julio de 2004.

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS - UNIVERSIDAD NACIONAL DE

PRÓLOGO A LA DECIMOCUARTA EDICIÓN

El fallecimiento de mi queridísimo amigo Rafael Alejandro Sassot, hace que deba continuar en soledad la tarea de actualizar el Manual, sin apartarme de los objetivos que ambos expusimos en febrero de 1998 al prologar la 12ª edición.

Mayo de 2005

PATRICIO J. RAFFO BENEGAS

FOTOCOPIADORA
C.E.D.
CARPETA: 506
FOLIO: 5
S/F
D/F

PROLOGO A LA DUODECIMA EDICION ACTUALIZADA

Presentamos la duodécima edición actualizada de esta obra.

Como lo venimos haciendo desde el fallecimiento del doctor Llambías, al preparar esta nueva edición, hemos conservado sustancialmente la estructura y desarrollo originarios, limitándonos a aquellas alteraciones indispensables para analizar nuevos problemas y normas legales, aunque ciñéndonos a la línea de pensamiento del ilustre maestro desaparecido.

Ha continuado el movimiento legislativo a que hacíamos referencia en anteriores prólogos, con incidencia importante en el derecho de las obligaciones y en otros sectores.

Así, nos ocupamos de analizar, entre otros temas, la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educacionales, el nuevo régimen de los accidentes de trabajo, la repercusión de la actual ley de concursos 24.522 en distintos aspectos de las obligaciones.

Al desarrollar nuestra tarea hemos tratado de conciliar el carácter elemental de la obra, con el análisis más completo posible de los tópicos relevantes, de modo de dar al estudiante una herramienta útil para desarrollar su tarea.

Febrero de 1998

PATRICIO J. RAFFO BENEGAS

RAFAEL A. SASSOT

SECCIÓN PRIMERA

TEORIA GENERAL DE LA OBLIGACION

CAPÍTULO I

NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES

I. CONCEPTO DE OBLIGACION

1. NOCIONES VULGAR Y TÉCNICA.– La noción vulgar de obligación alude a todo vínculo o sujeción de la persona, cualquiera sea su origen y contenido: por ejemplo los deberes impuestos tanto por los usos y convenciones sociales, como por las normas jurídicas.

En cambio, en un sentido técnico-jurídico, la palabra obligación sólo comprende aquellos deberes impuestos por el derecho, susceptibles de estimación pecuniaria, que consisten en dar, hacer o no hacer algo, una persona a favor de otra.

Sin embargo, no es "indispensable" que el deber tenga su origen en el derecho positivo para que surja una obligación. En efecto, las obligaciones naturales (art. 515, Cód. Civil) no dejan de ser verdaderas obligaciones, pues importan el *deber* de satisfacer una prestación susceptible de apreciación pecuniaria y el derecho positivo las contempla para atribuirles cierta eficacia jurídica. Por ello es que su espontáneo cumplimiento no se considera como un pago sin causa, que autorice la repetición (conf. art. 792), como lo sería si la obligación natural fuese jurídicamente inexistente.

2. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.– De acuerdo a lo expuesto, puede decirse que la obligación es la *relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor*.

No debe confundirse la "obligación" con el "contrato" que puede originarla, ni tampoco con el "instrumento" o "documento" en que ella misma consta, que es la confusión en que incurre el art. 500 del Código Civil.

Analicemos la definición adoptada:

a) *Relación jurídica:* No basta decir que la obligación es una "situación jurídica", pues con esta expresión no se capta el dinamismo propio de la obligación que no es un fenómeno inerte sino pleno de energía jurídica. No consiste en un simple estar (situación), sino en un estar con respecto a otro, bajo la sujeción de alguien, o en la expectativa de la prestación que alguien debe satisfacer. Es lo que denota la terminología "relación jurídica" que resulta especialmente apropiada para revelar la esencia de la obligación.

b) *En virtud de la cual:* la relación jurídica es la causa eficiente del estado de sometimiento que afecta al deudor y de la expectativa ventajosa que favorece al acreedor.

c) *Deber de satisfacer una prestación:* éste es el *contenido* de la obligación que se traduce en el compromiso de un determinado comportamiento del deudor y la consiguiente expectativa favorable del acreedor.

d) La *coercibilidad* de la conducta del deudor no integra el concepto de obligación, por cuanto ella es un elemento que hace a la naturaleza pero no a la esencia de la obligación. Por ello es que no existe facultad de compeler al cumplimiento de la obligación natural (art. 515, Cód. Civil), y sin embargo ésta, aunque imperfecta, no deja de ser verdadera obligación.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.– En el primitivo Derecho Romano la obligación era considerada como un vínculo estrictamente personal, que acordaba al acreedor poderes efectivos sobre la persona del deudor, quien podía ser privado de su libertad y aun vendido del otro lado del Tíber. Si eran varios los acreedores que ejercían simultáneamente sus derechos, podían repartirse el cuerpo del deudor: era lo que autorizaba la letra legal, aunque no la práctica realmente vivida.

Una de las principales consecuencias de esta concepción era la intransmisibilidad de la obligación. No se concebía que el vínculo entre acreedor y deudor pudiera subsistir entre personas diferentes de las originarias.

Este rigorismo fue atemperado con el transcurso del tiempo. La ley Paetelia Papiria impidió que se esclavizara al deudor. Desde entonces, el acreedor sólo podía requerir del deudor la prestación de servicios para imputarlos al pago de la deuda. De tal modo se entendió que eran los bienes del deudor y no su cuerpo, lo que respaldaba el pago de la deuda.

Esta evolución se completa en el derecho moderno, pues ya no se concibe a la obligación como un vínculo personalísimo, sino, preeminentemente, como un valor económico porque lo que se ampara es la intangibilidad y efectividad del valor patrimonial que la obligación representa.

Con este nuevo enfoque no existe inconveniente alguno en que la obligación sea transmitida a otro acreedor, o a otro deudor, siempre que no cambie su valor patrimonial (ver *infra,* cap. VI).

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN.– Las diversas concepciones que se han expresado a este respecto pueden agruparse en tres posiciones distintas.

a) *Teoría subjetiva; el crédito como potestad* – Sus partidarios entienden el derecho subjetivo como un *poder* atribuido a una voluntad, y trasladan esta idea al tema de la obligación. Esta potestad o poder se ejerce sobre una actividad del deudor.

Esta tesis no es acertada porque confunde el sujeto pasivo de la obligación con el objeto de la misma.

b) *Teoría objetiva; el crédito como título a una prestación.* – Desde este punto de vista no es el vínculo entre los sujetos, ni la conducta del deudor lo esencial de la obligación, sino el *interés* del acreedor en el cumplimiento de la prestación. Es ese interés lo que el ordenamiento jurídico protege, y por eso la obligación es útil en cuanto es un título hábil para lograr la satisfacción de aquel interés: que esto se obtenga por la prestación del propio deudor o por otro medio idóneo es un aspecto secundario.

De aquí que la obligación aparezca como una relación entre dos patrimonios, pues el interés del acreedor se satisfará, en última instancia, por una transferencia de valores que saldrán del patrimonio del deudor e ingresarán en el del acreedor.

Esta teoría subestima el elemento personal que siempre debe estar en la primera línea del estudio de la obligación, por lo mismo que es común al deber impuesto por el derecho natural y por el derecho positivo. Además esa subestimación del deber de satisfacer la prestación desemboca en la equivocada creencia según la cual el deudor no está precisado a pagar: no sería un deber suyo categórico, sino hipotético, en tanto y cuanto quiera no incurrir en responsabilidad. Finalmente, el elemento personal de la conducta del deudor está presente aun en su responsabilidad por el incumplimiento, pues, para que surja esa responsabilidad por el daño experimentado por el acreedor es necesario que promedie la culpa del deudor.

c) *Teoría del vínculo jurídico complejo.* – Esta teoría, aceptada por la mayoría de los autores, concibe la obligación como un vínculo complejo que se integra con dos virtualidades compenetradas entre sí, que sólo el análisis racional puede separar.

En la obligación hay un *primer momento vital* que se caracteriza por el deber de satisfacer la prestación que pesa sobre el deudor: es la deuda, que se traduce para el acreedor en la expectación de la conducta debida. El deber de prestar deriva de un mandato de la ley natural y de la ley positiva, que actúa como "presión psicológica" sobre el deudor y que lo urge al comportamiento esperado, con independencia de las sanciones que puedan corresponder a su infracción a lo debido.

Cuando el deudor infringe la conducta debida entra a actuar la *segunda virtualidad* de la obligación. Para reducir al deudor al comportamiento adecuado el acreedor dispone de los medios que le provee el ordenamiento jurídico, que consiste en un poder de "agresión patrimonial": el acreedor será satisfecho con los bienes del deudor que sean suficientes para cubrir el daño experimentado por el acreedor a causa del incumplimiento del deudor. Es la *garantía*, que también suele denominarse responsabilidad.

Ambas virtualidades de la obligación son *concomitantes*. No ha de pensarse que en tanto no se ha producido el incumplimiento del deudor, no existe todavía la "garantía": ésta existe potencialmente desde el nacimiento de la obligación, puesto que es un aspecto de ella. Pero requiere para pasar de la potencia al acto, que ocurra el presupuesto de hecho que condiciona ese tránsito, a saber, el incumplimiento del deudor.

Por último, cabe señalar que la coexistencia de esas virtualidades ínsitas en la obligación puede *excepcionalmente desaparecer* para dar lugar a la obligación con *deuda* (o crédito si se lo examina del lado del acreedor) pero sin *garantía:* es el caso de las obligaciones naturales, sólo fundadas en el derecho natural o la equidad, que no autorizan al acreedor para exigir su cumplimiento (conf. art. 515). Por el contrario, no hay obligaciones, que consistan en una pura garantía o responsabilidad, sin la deuda correlativa. Es contradictorio admitir la imposición de la sanción que corresponde a la infracción del deber de satisfacer la prestación sin que exista tal deber a cargo del sujeto sancionado: en esta hipótesis la sanción está huérfana de razón suficiente.

5. DISTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS DERECHOS REALES.– Mientras las obligaciones consisten en una relación jurídica entre personas determinadas, en razón de la cual el respectivo titular puede exigir la prestación debida, los derechos reales consisten, en un cúmulo de prerrogativas sobre cosas determinadas que cualquier sujeto indeterminado está en el deber de respetar. Así pues aunque la obligación tenga por objeto alguna cosa, el acreedor tiene un derecho acerca de ella (*jus ad rem*) que lo ejerce a través de la persona del deudor, en tanto que en el derecho real la prerrogativa del titular se ejerce directamente sobre la cosa misma (*jus in rem*).

Así, por ejemplo, en el dominio (derecho real) el titular goza directamente de la cosa y puede usarla y servirse de ella conforme a su naturaleza. En cambio en la obligación de dar (derecho personal) derivada de la compraventa, el comprador no puede usar y gozar de la cosa directamente, ya que sólo está autorizado para exigir del deudor (el vendedor) la entrega de la cosa. Cuando esto ocurra y se llenen los demás requisitos referentes a la transmisión del dominio, el comprador se habrá transformado en propietario y su derecho habrá pasado a ser de personal a real.

6. DIFERENCIACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y LOS DERECHOS DE FAMILIA.– No hay confusión posible entre esas especies de derechos. Mientras las obligaciones o derechos creditorios, son de carácter patrimonial, y están, como bienes, en el patrimonio del acreedor y del deudor, con signo positivo o negativo, como crédito o como deuda, los derechos de familia tienen contenido extrapatrimonial verbigracia el deber de educar a los hijos, de fidelidad conyugal, de obediencia filial, etcétera. Esto hace que el tipo de sanción que es apropiado para el incumplimiento de una obligación que se remedia con una indemnización de daños y perjuicios, no lo sea para la infracción de un deber de familia.

6 bis.– Desde luego ello, no obsta a que los derechos de familia tengan, en determinados casos, un contenido patrimonial como el derecho a alimentos o el derecho a la herencia, pero el ejercicio de estas prerrogativas patrimoniales, está sujeto a las modalidades que impone el orden público de que está impregnado el derecho de familia. Así la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni trasladada, ni renunciarse, etcétera (art. 374, Cód. Civil).

En cuanto a la opinión de Llambías en el sentido de que el incumplimiento de una obligación de familia no dé lugar a la responsabilidad ordinaria por daños y perjuicios, ha sido prácticamente abandonada por la doctrina y la jurisprudencia que admiten corrientemente que el incumplimiento de las obligaciones de familia, por ejemplo, la comisión de hechos

constitutivos de causales de divorcio, da lugar a la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil.

6 ter. OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES.– Actualmente existe consenso respecto de la conveniencia de unificar el régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales. Así lo entendieron el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961) y el Segundo Congreso Nacional de Derecho Comercial (Buenos Aires, 1990).

Para ello, no existe obstáculo de jerarquía constitucional, como lo ha reconocido la doctrina frente al texto de la Constitución Nacional de 1853 (art. 67, inc. 11).

Con mayor razón el camino constitucional sigue expedito en función del texto reformado en 1994, ya que el actual art. 75, inc. 12, al facultar al Congreso Nacional a dictar los códigos de forma, prescribe que ello podrá hacerse "en cuerpos unificados o separados".

El 15 de julio de 1987, la Cámara de Diputados aprobó la Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, sobre la base de un proyecto redactado por una comisión de distinguidos juristas. El 27 de noviembre de 1991, el Senado sancionó este proyecto como ley.

El Poder Ejecutivo Nacional vetó este proyecto de ley en su totalidad, mediante el decreto 2719/91, cuyos considerandos ponen en evidencia los numerosos desaciertos y excesos que contiene (ver *Boletín Oficial* del 2/1/92).

Posteriormente se han creado nuevas comisiones de estudio en órbita del Congreso y del Ministerio de Justicia.

II. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION

7. ENUNCIACIÓN.– Los elementos esenciales de la obligación son aquellos factores irreductibles que entran indispensablemente en la noción de obligación, de modo que no puede concebirse esa relación jurídica sin la existencia de tales elementos. Ellos son el *sujeto* que se desdobla en "activo" y "pasivo", el *objeto,* y la *causa eficiente o fuente* de la obligación. No es dable imaginar obligación que carezca de sujetos, o de objeto, o de causa eficiente. Tal situación aunque tuviese la apariencia de obligación, sería como tal jurídicamente inexistente y exigiría que no se la tratara conforme a su apariencia sino de acuerdo a su efectiva realidad sustancial. Por tanto, el régimen propio de las obligaciones sería extraño a esa situación.

8. I) SUJETO.– Los sujetos de la obligación son las personas vinculadas por la relación jurídica a que ella se refiere. Toda obligación tiene necesariamente un *sujeto activo,* a quien se denomina *acreedor,* que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la respectiva prestación. También se lo denomina "titular" porque es quien tiene *título* para exigir del deudor el comportamiento debido. El *sujeto pasivo* de la obligación es la persona que está en la necesidad de satisfacer la prestación debida, es decir, de conformar su conducta al comportamiento que le exige la existencia de la obligación.

9. QUIÉNES PUEDEN SER SUJETOS.– Por aplicación de los principios generales, los sujetos de la obligación han de ser necesariamente personas del derecho. Por consiguiente, quienes invistan este carácter (personas de existencia visible; personas jurídicas, públicas o privadas; personas de existencia ideal no calificadas como personas jurídicas), pueden ser sujetos de obligaciones. Por el contrario, la sucesión hereditaria y la masa del concurso, no pueden ser sujetos activos o pasivos de obligaciones porque en nuestro derecho carecen de personalidad jurídica, según la opinión más difundida.

10. CAPACIDAD.– Para que la obligación sea válida se requiere que los sujetos actuantes tengan *capacidad de derecho:* que el acreedor pueda ser titular del crédito y el deudor quedar obligado por la deuda. La ausencia de capacidad de derecho produce la *nulidad* de la obligación, que en principio es *absoluta.*

En cambio, si faltare la *capacidad de hecho* en cualquiera de los sujetos, el acto constitutivo de la obligación sería *nulo,* aunque de *nulidad relativa.*

Declarada la nulidad del acto fundante de la obligación, ésta se desvanece por falta de causa.

11. DETERMINACIÓN.– Los sujetos de la obligación deben estar determinados al tiempo de contraerse la obligación, o ser susceptibles de determinación ulterior. En este caso, hay una indeterminación de sujeto, provisional o transitoria, que no obsta a la existencia de la obligación, la cual se sustenta en la existencia actual del sujeto *transitoriamente indeterminado.* Si en cambio, faltase el sujeto o no fuese determinable, la obligación resultaría frustrada y nunca habría alcanzado a existir. Son ejemplos

de obligaciones de sujeto determinable los títulos al portador, las rifas y sorteos, en general, etcétera.

12. OBLIGACIONES AMBULATORIAS O *PROPTER REM.*– Este tipo de obligaciones es una hipótesis de indeterminación relativa del sujeto activo o pasivo. Lo característico de ellas es que se constituyen en función de cierta relación de señorío que tiene una persona indeterminada sobre una cosa determinada. En rigor, no hay indeterminación del sujeto sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento en que se haga valer la obligación.

Se trata de obligaciones concernientes a una cosa, "que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada" (art. 2416). De ahí que la obligación *viaje o ambule,* tanto activa como pasivamente con la cosa a la cual accede, lo que se explica muy fácilmente, porque siendo una obligación "que comprende al que ha transmitido una cosa, respecto a la misma cosa, pasa al sucesor universal y al sucesor particular" (art. 3266). Por otra parte, el crédito *propter rem* debe considerarse como un accesorio del objeto adquirido (conf. arts. 3268 *in fine* y 575) que pasa con éste del autor de la transmisión a su sucesor.

Son ejemplos de obligaciones *propter rem*: la deuda de medianería y el crédito respectivo; la deuda por expensas comunes en la propiedad horizontal; la contribución a los gastos de conservación de la cosa en el condominio; la obligación por mejoras necesarias o útiles; las cargas reales, etcétera.

En esta clase de obligaciones es *inseparable* la calidad de acreedor o deudor, de la condición de propietario de la cosa en razón de la cual ha surgido la obligación. Por ello es *ineficaz* cualquier convenio que implique reservar o ceder esa clase de obligaciones con independencia del carácter de propietario de la cosa de que se trate: juega ahí "una prohibición implícita de la ley" (art. 1444). Tal convenio del acreedor con un tercero sería eficaz, entre las partes, para desplazar entre ellas la ventaja pecuniaria a que la obligación se refiere, pero no alteraría la relación con el deudor.

13. PLURALIDAD DE SUJETOS.– La obligación exige por su propia índole la existencia de un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), pero nada obsta a que uno y otro sujeto sea múltiple. Son obligaciones de sujeto múltiple o conjuntas las que vinculan a varios acreedores con un deudor, o a varios deudores con un acreedor, o a varios acreedores con varios deudores. Esa pluralidad de sujetos puede existir desde el origen de la obligación –*pluralidad originaria*– o surgir durante la vida de una obligación de sujeto singular –*pluralidad sobreviniente*–, como ocurre cuando por el fallecimiento del acreedor o del deudor pasa a varios herederos el crédito o la deuda.

Como en la obligación de sujeto plural hay un objeto común a varios, la pluralidad de sujetos activos o pasivos puede dar lugar a tres hipótesis posibles, cuyo estudio efectuaremos oportunamente (*infra* núms. 780 y sigs.): a) obligaciones simplemente mancomunadas o divisibles; b) obligaciones indivisibles; c) obligaciones solidarias.

14. II) OBJETO.– El objeto de la obligación es aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. Consiste en una cosa, o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor, o en una abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la existencia de la obligación que le exige un comportamiento negativo. En ese sentido, el art. 495 establece que "las obligaciones son: de dar, de hacer o de no hacer".

15. EXISTENCIA DEL OBJETO.– No se concibe la obligación sin objeto: no es posible estar obligado, en abstracto, sino que es menester deber algo en concreto. La ausencia de objeto se traduce en la inexistencia de la obligación que resulta, por su carencia de contenido, un lazo vacío o ilusorio.

La falta de objeto puede derivar: a) de su indeterminación; b) de su imposibilidad; c) de su carencia de significación pecuniaria.

16. a) DETERMINACIÓN DEL OBJETO.– Para que haya obligación es indispensable que su objeto esté *determinado* o sea *determinable.* La prestación es determinada cuando ya al tiempo de constituirse la obligación se conoce en su individualidad la cosa debida, o está definido, en su sustancia y circunstancia el hecho o la abstención que habrá de satisfacer el deudor. Es determinable la prestación cuando sin estar individualizado su objeto (cosa, hecho), es factible de individualización ulterior.

No hay que confundir determinación del objeto con existencia actual del mismo. No falta esa determinación por más que no exista todavía la prestación debida: es lo que ocurre necesariamente en las obligaciones de hacer, en las cuales el hecho debido es sobreviniente a la constitución de la deuda. Pero también es posible una obligación con respecto a cosas futuras, verbigracia la venta de una cosecha: tal obligación queda subor-

dinada a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir (conf. art. 1173).

El objeto es determinable cuando se refiere a bienes ilíquidos: es el caso del daño resarcible cuya cuantía quedará definida por la sentencia que fije el monto de la indemnización.

17. b) POSIBILIDAD DEL OBJETO.– Un objeto imposible equivale a un objeto inexistente, de modo que si se impusiera la obligación de hacer algo imposible, no habría obligación por faltarle un objeto posible.

18. c) VALOR PECUNIARIO DE LA PRESTACIÓN: INTERÉS EXTRAPATRIMONIAL.– Para que exista una obligación es necesario que su objeto sea susceptible de apreciación pecuniaria. Esto es una consecuencia del carácter patrimonial del derecho creditorio. Si la prestación careciera de significación pecuniaria, el acreedor no tendría la obligación en su patrimonio ni experimentaría daño patrimonial alguno por causa de su inejecución.

Si la obligación carece de objeto patrimonial, el incumplimiento del deudor no lo hace incurrir en responsabilidad alguna por cuanto dicho incumplimiento no redundaría en detrimento patrimonial del acreedor. Por otra parte, desprovista la relación de significación patrimonial, y con ello de coercibilidad por la vía subsidiaria del resarcimiento de un daño, queda deformada la estructura de la "obligación" y debilitado el valor que representa para el hombre como medio idóneo para la satisfacción de sus necesidades morales o materiales. Ninguna ventaja hay en englobar, forzada e indiscriminadamente, en una misma categoría jurídica, derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, pues la diversidad de su naturaleza impondrá una diversidad de régimen que la ciencia del derecho no puede menos que reconocer.

19. CRÍTICA A LA TEORÍA CLÁSICA.– La teoría expuesta en el número anterior ha sido acerbamente criticada, especialmente por Ihering, quien sostiene que el derecho protege no sólo los valores pecuniarios sino también otros intereses morales, estéticos, etcétera. Según esta idea, basta que la prestación represente para el acreedor un interés serio y legítimo para que su derecho sea tutelado.

Pensamos que un tratamiento indiscriminado de las prestaciones patrimoniales y extrapatrimoniales repugna a la naturaleza de las cosas, y por ello mismo, afecta a la pureza y virtualidad tanto del derecho creditorio como de los deberes relativos o comportamientos carentes de significación patrimonial, confundiendo nociones básicas y mezclando ideas que corresponden a sustancias distintas.

Esta confusión debilita la energía jurídica de la obligación, por la necesidad lógica de detener la normal agresión patrimonial del acreedor respecto del deudor, cuando la prestación debida no tiene valor pecuniario. Además, se deforma la visión del deber de contenido extrapatrimonial cuando se propugna para su infracción, el sistema de sanciones de tipo resarcitorio, propio del régimen de las obligaciones.

Lo expuesto no obsta a que el derecho resguarde aquellos valores espirituales en la medida que dispone del instrumental técnico adecuado para disciplinar la conducta del hombre, de modo que queden salvos dichos bienes eminentes de la humanidad, como la vida, la salud, el honor, la integridad corporal, etc. Pero ese resguardo se realiza por intermedio de arbitrios distintos de los que constituyen la teoría de la obligación.

20. DISTINCIÓN ENTRE LA PRESTACIÓN (SIEMPRE PATRIMONIAL) Y EL INTERÉS DEL ACREEDOR (MORAL O MATERIAL) AL CUAL LA OBLIGACIÓN SIRVE.– Una cosa es el *interés* que tiene el acreedor en obtener la prestación, y otra completamente distinta la *prestación en sí misma*.

El interés del acreedor no tiene necesariamente un contenido económico, ya que también puede ser de tipo afectivo, ideal, moral, etcétera, con tal que sea lícito y digno de protección jurídica. En cambio, el objeto de la obligación *debe* tener un contenido económico, porque de lo contrario sería imposible hacerla efectiva con el patrimonio del deudor, en caso de que éste dejara de cumplirla.

21. LA CUESTIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.– En el sistema del Código, a nuestro juicio, siempre el objeto de la obligación ha de ser estimable en dinero, se trate de obligaciones contractuales o extracontractuales.

a) Con respecto a las *obligaciones contractuales,* refiriéndose a las *cosas* el art. 1167 dice: "Las prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos no pueden serlo de los contratos". Ahora bien, el art. 953 dispone que "el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio", y porque lo están tienen valor económico. Con relación a los *hechos* el art. 1169 establece que "la prestación, objeto de un contrato puede consistir en... el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de apreciación pecuniaria".

b) Con respecto a las *obligaciones derivadas de los hechos ilícitos,* el criterio es similar, pues el art. 1083, luego de la reforma introducida por la ley 17.711, dispone que "el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero". Ello quiere decir que la indemnización de daños y perjuicios es una *deuda de valor.*

c) Lo expuesto no significa que los intereses *morales o extraeconómicos* queden desamparados. Así por ejemplo, en el campo de los actos ilícitos, en la medida en que el legislador ha considerado prudente contemplar los intereses morales para graduar la indemnización a cargo del responsable, es imprescindible atender a la presencia de esta clase de intereses. A ello se refiere el art. 1078, aludiendo al agravio moral.

22. LEGITIMIDAD DEL OBJETO.– No basta que la obligación exista –en razón de ser su objeto determinado, o determinable, naturalmente posible, y susceptible de estimación pecuniaria– para que sea válida. Es indispensable, a fin de que sea jurídicamente eficaz, que su objeto sea *legítimo.*

En principio, la obligación existente es válida. Por excepción, no lo será cuando tropiece con un obstáculo legal que la prive de eficacia jurídica, por razón de su contenido. Estas prohibiciones aparecen con respecto a las obligaciones contractuales. En efecto, el art. 1167, que a su vez remite al art. 953, establece cuáles son las obligaciones de objeto prohibido o ilegítimo.

23. INVOCACIÓN Y PRUEBA DE LA ILEGITIMIDAD DEL OBJETO.– La prueba de la ilegitimidad del objeto corresponde al deudor interesado en detener las acciones esgrimidas por el acreedor. Sin embargo, no siempre será admitido a producir esa prueba, pues la alegación de la ilegitimidad de la prestación se traduce en una acción de nulidad del acto jurídico creador de la obligación, que puede serle negada al deudor a causa de su propia torpeza (conf. art. 1047). Claro está que para negarle este derecho hay que distinguir si el acto ha sido ejecutado o no. Si el acto aún no ha comenzado a ejecutarse, siempre es posible oponer la excepción de nulidad, pues a nadie se le puede reprochar que se arrepienta de llevar a cabo un acto prohibido por la ley. En cambio, si el contrato ha tenido principio de ejecución, el deudor sólo puede aducir su nulidad cuando fuere inocente de la falla del acto.

III. CAUSA O FUENTE DE LA OBLIGACION

24. CAUSA O FUENTE DE LA OBLIGACIÓN.– El tercer elemento esencial de la obligación es su *causa eficiente o fuente,* es decir, el hecho que la ha originado. No es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que la haya producido. Tampoco en el mundo del derecho hay generación espontánea, de modo que si algo existe, esto postula la necesidad de otro algo que dé razón de la existencia del primero. Está, pues, justificado, en el análisis de la obligación, enunciar como un elemento esencial de ella a su causa eficiente o fuente, que es posible definir como el *hecho dotado por el ordenamiento jurídico con virtualidad bastante para establecer entre acreedor y deudor el vínculo que los liga.* Nuestro código recoge este esquema al afirmar que no puede haber obligación sin causa (art. 499).

25. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– En el primitivo Derecho Romano las fuentes de las obligaciones se reducían a los *contratos y los delitos.* Luego, cuando aumentó el número e importancia de las relaciones jurídicas, los jurisconsultos romanos advirtieron que algunas obligaciones provenían de otras causas; así vemos que en la Instituta de Justiniano se enuncian cuatro fuentes: el *contrato,* el *cuasicontrato,* el *delito* y el *cuasidelito.* Posteriormente, los glosadores y los antiguos juristas franceses agregaron la *ley.* Finalmente, Pothier menciona la *equidad* como una sexta fuente de obligación.

26. CRÍTICA MODERNA.– Muchos autores han señalado que la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones no responde a la realidad y que además es incompleta.

La categoría de los cuasicontratos ha merecido la repulsa general por su carácter híbrido. Se define como un hecho lícito, practicado sin acuerdo de voluntades, que se asimila al contrato por sus efectos. Ahora bien, como lo típico del contrato radica en la coincidencia de voluntades o consentimiento, mal puede afirmarse que tenga afinidad con una figura que en realidad habría que denominar "anticontrato", en razón de esa diferencia sustancial. Tampoco se justifica la asimilación al contrato por sus efectos, pues éstos son las obligaciones y bajo ese enfoque igualmente podría ser asimilado el cuasicontrato al delito, que también produce obligaciones. Finalmente, los hechos englobados en la categoría del cuasicontrato

no tienen comunidad de naturaleza, pues si coinciden en ser factores de producción de obligaciones, ello es así porque la ley les ha otorgado esa virtualidad.

Tampoco se justifica la mención del cuasidelito, porque esa figura describe a una especie del género hecho ilícito, siendo suficiente la enunciación de este último, comprensivo de sus distintas especies, delitos y cuasidelitos.

Algunos autores critican la inclusión de la ley, porque entienden que ella es fuente mediata de todas las obligaciones, pero no fuente inmediata de ninguna.

27. CLASIFICACIÓN DE PLANIOL.– Este autor considera que sólo hay dos fuentes de las obligaciones: el *contrato* y la *ley*.

En el contrato, la voluntad de las partes forma la obligación, y determina a la vez su objeto y extensión; el legislador sólo interviene para sancionar la obra de las partes dándoles una acción y para controlar su actividad limitando la libertad de los contratantes por medio de prohibiciones y nulidades. En ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede provenir sino de la ley: si el deudor está obligado no es porque él lo haya querido sino porque lo quiere el legislador. Así todas las obligaciones no convencionales serían legales.

28. OTRAS CLASIFICACIONES.– a) Para *Demogue* las fuentes de las obligaciones son: 1º) el contrato; 2º) la voluntad unilateral; 3º) el acto ilícito; 4º) el cuasicontrato; 5º) el hecho jurídico.

b) *Josserand* señala cuatro fuentes: 1º) el acto jurídico, sea éste contrato o una declaración de voluntad unilateral; 2º) el acto ilícito; 3º) el enriquecimiento sin causa; 4º) la ley.

c) *Enneccerus* y *Lehmann* indican las siguientes fuentes: 1º) los negocios jurídicos, en los que quedan incluidos los contratos, las promesas unilaterales y los testamentos; 2º) los actos semejantes a los negocios; 3º) los actos reales; 4º) los actos ilícitos; 5º) los actos no culposos que obligan a indemnización; 6º) el enriquecimiento injusto; 7º) ciertos estados de naturaleza jurídica o de hecho, como los derechos reales, de familia y hereditarios.

d) Según *Puig Brutau,* las fuentes de las obligaciones pueden reducirse a: 1º) la voluntad manifestada; 2º) la conducta del hombre en cuanto influye en los intereses de los demás con independencia de lo que sea el contenido de su voluntad manifestada; 3º) la ley, en cuanto atiende a circunstancias independientes de la voluntad y de la conducta.

29. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA ADOPTADA.– Si la fuente de la obligación es el hecho que la produce, lo esencial de ese hecho es su aptitud o energía jurídica bastante para crear la relación obligacional. Allí donde no había vínculo alguno entre dos personas, la actuación del hecho que contemplamos, creó la obligación transformando a esas dos personas extrañas entre sí, en acreedor y deudor. Por consiguiente, si examinamos cuáles son los hechos que tienen esa aptitud creadora de obligaciones, se advierte que son los actos de *voluntad particular,* los *hechos ilícitos* y la *norma jurídica*.

En primer lugar, es causa de obligaciones la voluntad individual que se canaliza mediante el *acto jurídico,* y especialmente el *contrato.* Tal hecho no recibe de la ley esa virtualidad que la erige en factor productivo de obligaciones, sino de su propia índole. La ley puede limitar y condicionar la eficacia del acto jurídico, pero no *desconocerla*.

En segundo lugar, es causa de obligaciones el *hecho ilícito*. En efecto, esta clase de hechos reciben esa virtualidad de la propia naturaleza de las cosas (el principio que prohíbe dañar a otro), que no está en el arbitrio del legislador modificar. Si así lo hiciera, su determinación sería gravemente ofensiva del derecho natural y por consiguiente quedaría destituida de eficacia como medio de expresión del derecho positivo. La ley puede, desde luego, establecer el régimen de la obligación proveniente del hecho ilícito, definir su alcance, graduar la extensión del resarcimiento, etcétera. Pero al hacer todo esto está destacando la virtud generadora del hecho ilícito con respecto a la obligación que de él ha nacido.

Finalmente, la *norma legal o consuetudinaria* es causa de obligaciones en todo otro supuesto distinto de los ya contemplados, cuando la obligación surge de la eficacia que en ese sentido atribuye la norma a cierto hecho antecedente. Pero como este hecho carecería de energía jurídica, si no se la hubiera otorgado la ley o la costumbre, en tal caso nuestra mente capta como causa de la respectiva obligación, a la propia ley o costumbre. Así, por ejemplo, la obligación impuesta por el art. 2628.

En suma, sólo son causa de obligaciones, el *acto jurídico,* el *hecho ilícito* y la *norma legal o consuetudinaria.*

Esta clasificación es la que corresponde desde el punto de vista del *derecho positivo.* Pero si examinamos lo que ocurre en el fuero de la con-

ciencia, la *equidad* también es fuente de obligaciones. Así, pues, por una exigencia de *derecho natural,* toda vez que la equidad imponga en el fuero de la conciencia la satisfacción de una prestación, habrá nacido una *obligación natural* (art. 515), independientemente de todo reconocimiento del derecho positivo.

30. La teoría de la causa de las obligaciones en el Código Civil argentino.– Los arts. 499 a 502 del Código están dedicados a la causa de las obligaciones. En todos esos preceptos, la causa alude al *hecho antecedente* o *título* de la obligación.

Algunos autores piensan que tales artículos no se refieren a la *causa eficiente* de la obligación, sino a la *causa final de ella,* esto es, el móvil o propósito que se ha tenido al constituirla. Otros, más numerosos, entienden que el art. 499 se refiere a la causa eficiente mientras que los arts. 500 a 502 contemplarían la causa final. Pensamos que estas opiniones no son acertadas.

En primer lugar, la referencia a la causa final no tiene explicación en una teoría general de la obligación, que se refiere a los principios y disposiciones aplicables a todo género de obligaciones. En efecto, la causa final no puede ser elemento esencial de toda obligación, porque hay algunas obligaciones que se constituyen independientemente de la intención de las partes: por ejemplo, las derivadas de los hechos ilícitos.

En segundo lugar, habiendo señalado el codificador en la nota al art. 499 que algunos códigos han confundido la causa de los contratos con la causa de las obligaciones, resultaría inconcebible que hubiese caído en la incongruencia de referirse a la causa eficiente en el art. 499, para pasar a tratar de la causa final de los contratos en los arts. 500 a 502. Lógico es pensar que la "causa" sin otra calificación mentada en los arts. 499 a 502 refleja un mismo y único concepto.

En tercer lugar, la comprensión uniforme de la causa está demostrada por el art. 792, que autoriza a repetir el pago efectuado sin causa, y por su nota, donde se dice que este artículo y los siguientes son consecuencias necesarias de los arts. 499 al 504 –en realidad debió citarse los arts. 499 al 502 (ver *infra* núms. 1113 y sigs.)– todo lo cual comprueba que la "causa" que se menciona en ellos es un concepto único con el cual se relaciona el pago sin causa, efectuado sin título válido que lo justifique.

En cuarto lugar, la comprensión que sostenemos está abonada por la conexión del art. 502 con el art. 3129 y su nota. En efecto, de su sola lectura surge claramente que en el sistema de nuestra ley la causa lícita de la

obligación es el acto o contrato que la origina, no disconforme con la norma jurídica.

En suma, los arts. 499 a 502 en su mención de la causa de la obligación se refieren a un mismo e idéntico elemento esencial de toda obligación, a saber, el título en que se funda, la causa de deber. Es un elemento que está en el origen o raíz de la obligación, en la *proveniencia* de ella, y de ningún modo en su resultado o *subsecuencia.*

31. Principio de necesidad de causa.– El art. 499 establece que no puede haber obligación sin causa, lo cual implica elevar a la categoría de elemento constitutivo de la obligación el hecho que la origina, no pudiendo concebirse una obligación que carezca de causa eficiente. Semejante figura, aunque tuviese la apariencia de obligación, sería como tal jurídicamente inexistente.

Del principio de necesidad de causa, aceptado por el art. 499, derivan los principios secundarios de *presunción* y de *falsedad* de causa, contemplados por los arts. 500 y 501, respectivamente.

32. Presunción de causa.– En primer lugar, corresponde aclarar que el art. 500 menciona la obligación haciendo una elipsis, pues en verdad se refiere al *documento donde consta* la obligación, ya que sólo allí puede o no estar consignada la causa del vínculo obligacional.

Ahora bien, dicho precepto sienta una presunción de existencia de causa: si aparece constituida una obligación, la ley reputa como existente la causa de ella; lo cual no es más que el desarrollo lógico del art. 499, y la manifiesta correlación entre ambos indica qué es lo que se admite como existente, y lo que podrá desvirtuar el reputado deudor si ello, en verdad, no existiera: es el *título* de la obligación o *causa del deber.*

Sin embargo, se trata de una presunción simplemente *juris tantum,* pues no obstante la apariencia de una obligación, el presunto deudor puede demostrar que no ha habido causa y, por lo tanto, que no ha nacido obligación alguna. Esta demostración puede rendirse por cualquier medio de prueba.

Por otra parte, la presunción de causa del art. 500 sólo funciona cuando la obligación aparece documentada. Si, en cambio, la pretensión del acreedor se refiere a una obligación no documentada, a él le incumbe el *onus probandi* relativo a la existencia del título en que se funda. Por ello, quien reclama la reparación de daños producidos por un hecho ilícito –obligación no documentada–, deberá acreditar la existencia de un hecho

que compromete la responsabilidad de alguien y que media relación de causalidad jurídicamente computable entre ese hecho y el daño.

33. FALSEDAD DE CAUSA.– Cuando el deudor demuestra que la causa aparente es *falsa,* la obligación desaparece por falta de causa, a menos que el acreedor pruebe que hay una causa verdadera distinta de la falsa causa. A ello se refiere el art. 501 que plantea un supuesto de *simulación relativa,* concerniente a las obligaciones documentadas: las partes han ocultado la verdadera causa del deber, consignando una causa falsa.

Como se advierte, el precepto regula el principio de necesidad de causa del art. 499, en orden a la *prueba* a rendirse en cada situación. Si la causa es *falsa,* la prueba de esa falsedad recae sobre el deudor que suscita la objeción. Pero si el acreedor intenta sustituir a la falsa causa, por una causa *verdadera,* le incumbe la prueba de ésta. En ambos casos, se admite el juego de todo medio de prueba porque se trata de establecer el vicio de simulación, cuya prueba no está sujeta a restricción alguna.

34. PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE CAUSA.– Mientras los arts. 499 a 501 se refieren a la *existencia* de la obligación, el art. 502 incide en su *validez.* Para la validez de una obligación no basta que tenga una causa eficiente: se requiere, además, que esa causa sea legítima, es decir, que sea apta según el ordenamiento jurídico para originar una obligación válida.

Por causa ilícita (art. 502), o mejor dicho ilegítima, debe entenderse el hecho constitutivo de la obligación, no idóneo según el ordenamiento jurídico para engendrar una obligación válida.

Esa ilegitimidad de la causa puede provenir de su oposición "a las leyes o al orden público" (art. 502).

a) La ilegitimidad de la causa puede resultar de estar ella en contradicción con la ley, en cuanto a su virtud generadora de obligación. Así ocurre si se contrata sobre herencias futuras (conf. art. 1175); si se otorgan en un mismo acto testamentos recíprocos (conf. art. 3618); si se contrata la construcción de un edificio para industria en zona residencial; si se establecen impuestos ilegales o inconstitucionales; etcétera.

b) Asimismo, la ilegitimidad de la causa puede provenir de su contradicción con el *orden público,* entendiendo por tal el conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social. El *orden moral* está comprendido en el orden público que lo absorbe. Por tanto, el acto contrario al orden público, o a la moral y buenas costumbres es causa ilícita de obligaciones. En este sentido, tienen causa ilícita las obligaciones provenientes: de la venta de una casa de tolerancia; de la venta de influencia; el corretaje matrimonial, etcétera.

35. QUID DE LA CESACIÓN DE LA ILICITUD DE LA CAUSA.– Puede ocurrir que al tiempo de constituirse la obligación, su causa fuera ilícita, pero luego cesare esa ilicitud por la ulterior modificación de la ley. ¿Sería válida tal obligación?

Pensamos que no, porque los derechos personales emanados de actos jurídicos se rigen por la ley vigente en la época de su celebración. De ahí que las obligaciones "permanecen afectadas en todo o en parte por la ineficacia inicial, a pesar de una nueva ley que admita su validez" (Ripert y Boulanger).

Si sobreviene la ilicitud de la causa, por aplicación del mismo principio ello no perjudica la validez de la obligación, que sólo debe apreciarse en función de las condiciones que la regían al tiempo de su constitución.

No ha de confundirse lo expuesto, con la ejecución de la obligación válida, que resulte legalmente imposible, por la prohibición sobreviniente de la respectiva obligación; ése es un caso de imposibilidad de pago que extingue la obligación (conf. art. 888).

36. BREVE NOCIÓN DE CADA FUENTE.– Aunque la clasificación tradicional ya no tiene rango científico, es útil conocer el significado de sus categorías, por el frecuente empleo que de ellas hacen los juristas.

a) El *contrato* es el acuerdo de varias personas "sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos" (art. 1137). Es el acto jurídico de contenido obligacional.

b) Se denomina *cuasicontrato* al hecho voluntario lícito, no encaminado necesariamente a la producción de un efecto jurídico, del cual la ley deriva obligaciones. Como ejemplos se suele citar la gestión de negocios (arts. 2288 y sigs.), el pago indebido (arts. 784 y sigs.) y el empleo útil (art. 2306).

c) El *delito* es una especie del género acto ilícito, que consiste en el hecho "ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro" (art. 1072).

d) El *cuasidelito* es el hecho ilícito no malicioso, aunque censurable. Con esa denominación se describe una conducta dañosa, que merece reproche por la culpa de quien la practica, pero que está exenta de malicia o mala fe.

e) La *ley* es causa eficiente de un cierto número de obligaciones que resultan del arbitrio del legislador. No habría obligación si el legislador no la hubiere impuesto, y si de hecho, hubiese podido darle un sentido distinto.

37. OTRAS POSIBLES CAUSAS DE OBLIGACIONES.– Fuera de la enunciación de las fuentes tradicionales se suelen mencionar otras.

a) La *equidad* es la expresión del derecho natural en una situación concreta determinada, y por ello impone en el fuero de la conciencia una verdadera deuda. Si bien a esta obligación natural el derecho positivo no le confiere acción para exigir su cumplimiento, una vez cumplida por el deudor, queda autorizado el acreedor para retener lo recibido en calidad de pago (arts. 515 y 516), que no es sin causa.

b) La *voluntad unilateral* no es una fuente autónoma de obligaciones, pues se resume en un *contrato* o en un *hecho ilícito*. Lo primero ocurre cuando otra persona acepta la manifestación de voluntad del policitante (conf. arts. 1147 y sigs.). Lo segundo se presenta si antes de la aceptación el proponente retrae su voluntad inicial, caso en el cual éste comete un hecho culposo que compromete su responsabilidad, ante todo damnificado, por el daño al interés negativo sufrido por éste (conf. art. 1109).

c) El *enriquecimiento sin causa* configura una nueva fuente de obligaciones. Simplemente refleja, como su nombre lo indica, un desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, sin causa o título que lo justifique. La causa de restituir aquello en que alguien se enriquece sin título, reside en el subsistente derecho del dueño anterior sobre el bien desplazado, derecho que nunca quedó definitivamente perdido para su titular.

d) Tampoco el *abuso de derecho* es una causa autónoma de obligaciones. Si bien es cierto que cuando se genera un daño mediante el ejercicio irregular o abusivo de un derecho, hay obligación de reparar ese daño, ello es así porque tal conducta importa la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo según fuere la intención del agente. En tales supuestos, el

abuso de derecho es una especie de acto ilícito, razón por la cual debe quedar incluido dentro del género de esa clase de obligaciones.

En suma, fuera de las mencionadas en la clasificación tripartita adoptada (*supra,* nº 29), sólo resta la *equidad* que ejerce su virtualidad en el plano del derecho natural, con una mínima repercusión en el derecho positivo.

38. IV) ¿HAY OTROS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS OBLIGACIONES FUERA DEL SUJETO, EL OBJETO Y LA CAUSA EFICIENTE? QUID DE LA CAUSA FINAL.– Entendemos que con el sujeto, el objeto y la causa eficiente se agotan los elementos constitutivos de toda obligación. Sin embargo, algunos autores también incluyen la *causa final,* esto es, el propósito o designio que ha motivado a las partes para constituir la obligación. Basta recordar que esto no puede plantearse cuando el vínculo se forma al margen de la voluntad de obligarse, para eliminar a la causa final como elemento esencial de toda obligación (*supra* nº 30).

Además, tampoco es legalmente exacto que la causa final sea un elemento del contrato, porque según la teoría del acto jurídico desarrollada en nuestro código, la causa final no juega una función autónoma sino que queda comprendida en el objeto del acto jurídico.

Aquí Vélez Sarsfield se hizo eco de una corriente del pensamiento jurídico franco-belga, iniciada por Antonio Ernst que entendía que la causa final no es un elemento del contrato, pues se confunde con el *objeto* o con el *consentimiento.* Lo primero ocurre en los contratos bilaterales, en los que a una misma cosa, verbigracia, el pago del precio en la compraventa, se da la denominación de *objeto* de la obligación del comprador y de *causa final* de la obligación del vendedor. Lo segundo acontece en los contratos gratuitos, en los cuales la intención de beneficiar no puede ser separada de la voluntad real del donante. Por último, respecto de los contratos unilaterales, en los cuales la causa se identifica con el hecho del acreedor que ha originado la obligación, inconscientemente se deja de lado la noción de causa final para estar a la de causa eficiente, antecedente o título de la obligación.

El codificador, a través de lo dispuesto en el art. 953, ha estimado que la causa final no constituye un elemento independiente sino que está englobada dentro del objeto del acto, aunque no bajo el concepto que la teoría clásica tenía de la causa –constante e idéntica a sí misma en todos los actos de la misma clase–, sino como *causa impulsiva* o motivo determinante que permite calificar y descalificar la intención de las partes.

Conforme con este punto de vista, el objeto no es sólo la materia del acto considerada en sí misma, sino que apreciada en función del interés o fin al cual ella sirve, es también ese mismo interés o fin.

En suma, la elaboración de una teoría del acto jurídico como una especie del acto voluntario, que se sustenta en el discernimiento, la intención y la libertad del agente, hace innecesario recurrir a la teoría de la causa final, cuyos capítulos principales quedan comprendidos en la noción más amplia de la intención. Así, en los supuestos de *"falta de causa"*, el acto obrado sin finalidad alguna, carece de intención, y por tanto es involuntario e ineficaz (arts. 897 y 900). En los casos de *"falsa causa"*, o sea cuando el agente ha obrado en mira de un resultado que es sustancialmente diferente de como aparecía en el campo de su conciencia, el acto se ha producido por error esencial, que también redunda en su invalidez. Finalmente, si el acto responde a una *"causa ilícita"*, esto es, cuando se ejecuta en procura de fines ilícitos o inmorales, tal finalidad *tiñe* al objeto del acto de su misma ilicitud o inmoralidad, apareciendo como un aspecto de ese mismo objeto.

CAPÍTULO II

INTERDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES

39. NOCIÓN.– En principio, las obligaciones no quedan afectadas por las vicisitudes que experimenten otras obligaciones ajenas a ellas. Sin embargo, excepcionalmente, se presenta la *interdependencia* de las obligaciones cuando están tan ligadas entre sí, que alguna no puede existir sin la otra. La obligación que tiene existencia propia e independiente de la otra con la cual está conectada es una obligación *principal,* mientras que la obligación *accesoria* no encuentra en sí misma la razón de su existencia, sino que depende de la existencia y legitimidad de una primera obligación (art. 523).

40. FUENTES DE LA ACCESORIEDAD.– La interdependencia por accesoriedad, entre dos obligaciones, puede provenir de la disposición de la *ley,* o de la *voluntad de las partes*.

En el primer supuesto, es el propio ordenamiento jurídico el que suscita la vinculación entre la obligación principal y la accesoria: es el caso típico de la obligación de indemnizar el daño contractual, que es accesoria de la obligación incumplida proveniente del mismo contrato.

En el segundo supuesto, la accesoriedad resulta de los pactos adjuntos adoptados por los propios contratantes. Son éstos quienes atribuyen a la obligación accesoria la función de *medio* para realizar el interés representado por la obligación principal, verbigracia, cuando se recurre al contrato de fianza o se instituye una cláusula penal.

41. ESPECIES.– El carácter accesorio de una obligación puede resultar de la relación con el *sujeto pasivo* o con el *objeto* de otra obligación (art. 524).

42. EFECTOS DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD: RELACIONES MUTUAS.– El principio de accesoriedad produce los siguientes efectos:

a) La *extinción* de la obligación principal implica la extinción de la obligación accesoria, pero no a la inversa (art. 525). Esta consecuencia es la lógica derivación del mismo concepto de obligación principal y accesoria: si ésta queda subordinada a la existencia de aquélla, la cesación de la primera tenía que arrastrar la cesación de la segunda. Por el contrario, la extinción de la obligación subordinada no induce nada sobre la otra.

b) La *invalidez* de la obligación principal determina la invalidez de la obligación accesoria, pero no a la inversa. Aunque el Código no establece esta característica, la doctrina la afirma unánimemente. En primer lugar, ello está impuesto por la misma noción de accesoriedad que se define por la necesidad de validez de la obligación principal, para que sea válida la obligación accesoria. En cambio, como la obligación principal existe por sí misma, la nulidad de la obligación accesoria, no la perjudica. Por lo demás, el código consagra aplicaciones particulares del principio expuesto con respecto a la cláusula penal (art. 663) y la fianza (art. 1994).

Sin embargo, este principio no es absoluto. Por excepción, que la ley ha consignado, hay obligaciones accesorias que no se ven afectadas por la nulidad de la obligación principal, y a la inversa hay obligaciones principales que sufren el impacto de la nulidad de la respectiva obligación accesoria (*infra,* nº 43).

c) El *régimen* de la obligación principal se extiende, en principio y con las excepciones que inmediatamente se verán, a la obligación accesoria, se trate del régimen de fondo, o sea el que gobierna sustancialmente la relación obligacional, se trate del régimen procesal, o relativo a la actuación judicial de los respectivos derechos.

En cuanto al régimen de fondo, se ha entendido que la prescripción de la obligación principal rige a la accesoria incluso con relación al término de su transcurso, cuando la ley no ha dispuesto diversamente. Igual solución cabe adoptar en lo que concierne al régimen de prueba de la obligación accesoria que estará sujeto a la regulación relativa a la obligación principal.

En cuanto al régimen procesal, la competencia de los jueces para entender acerca de una obligación accesoria depende de la que se establezca para la obligación principal.

43. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.– Excepcionalmente, la obligación accesoria no queda sujeta a las reglas que hemos señalado. Ello ocurre: a) cuando la obligación accesoria tiene mayor virtualidad que la principal, por ejemplo cláusulas penales o garantías convenidas para asegurar el cumplimiento de una obligación natural (arts. 518, 666 y 1993); fianzas e hipotecas constituidas por terceros en seguridad de obligaciones nulas por incapacidad de hecho del deudor (arts. 1994 y 3122). En estos casos puede reclamarse el cumplimiento de la obligación accesoria aunque no sea exigible la obligación principal; b) cuando la obligación accesoria está sujeta a un régimen distinto al que rige la obligación principal. Así la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación accesoria depende de su propia naturaleza sin atender a la índole de la obligación principal (arts. 661 y 662, *infra,* núms. 824 y sigs.); del mismo modo, algunas obligaciones accesorias, tienen un plazo de prescripción distinto del de la obligación principal, como la obligación accesoria de pagar intereses que prescribe a los 5 años (art. 4027, inc. 3º) mientras que la de devolver el capital prescribe a los 10 años (art. 4023).

44. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA CLÁUSULA PENAL, EN LAS CONDICIONES Y EN LOS CARGOS.– Finalmente, el principio de accesoriedad sufre la máxima desvirtuación cuando es la obligación accesoria la que determina la suerte de la obligación principal. Esto ocurre con las condiciones y cargos imposibles, ilícitos o inmorales que dejan sin efecto el acto en el cual están insertados (arts. 526, 530 y 564). Sin embargo debe señalarse que aquí se da una falsa accesoriedad; en realidad el consentimiento ha recaído sobre un acto que no puede apreciarse sino en su conjunto, de modo que el vicio de uno de sus elementos, se transmite al todo, ya que no cabe hablar de nulidad parcial en materia contractual.

Capítulo III

EFECTOS PRINCIPALES DE LAS OBLIGACIONES

I. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

45. Noción.– Los efectos de las obligaciones son las consecuencias de orden jurídico provenientes de la existencia y virtualidad de la obligación.

46. Distinción con los efectos de los contratos.– No es posible confundir los efectos de las obligaciones con los efectos de los contratos. Ya Vélez Sarsfield, en la nota al art. 505, se ocupa de demostrar las diferencias entre ambas nociones.

Los *efectos de las obligaciones* son aquellos medios por los cuales se satisface el derecho del acreedor. Principalmente consistirán en el cumplimiento de la prestación debida, y si esto fracasare, en los remedios y recursos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor para que éste obtenga el beneficio que le reporta la obligación.

Los *efectos de los contratos,* en cambio, consisten ya en la producción de obligaciones, lo que constituye su función típica, ya en la modificación o extinción de obligaciones existentes. Sería, pues, impropio, identificar como efectos de los contratos aquellos medios tendientes a la satisfacción del derecho del acreedor, puesto que respecto de ellos el contrato aparece como un antecedente indirecto, habiendo obligaciones ajenas a los contratos con relación a las cuales sería un despropósito aseverar que los medios de satisfacción del interés del acreedor son los efectos de un contrato inexistente. Fuera de ello, los contratos no se agotan en la generación de obligaciones y tienen eventualmente otras virtualidades. Así una convención liberatoria, verbigracia una transacción o una novación,

que son contratos con arreglo al art. 1137, no producen los efectos propios de las obligaciones.

47. ENTRE QUIÉNES SE PRODUCEN.– Las obligaciones no producen efectos sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmiten, dice el art. 503. Como consecuencia de ello el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de la obligación a un tercero extraño a la misma. Sin embargo si la obligación tiene fecha cierta podrá ser *oponible* a los terceros, quienes tienen la obligación de respetar el vínculo existente entre acreedor y deudor del mismo modo que deben respetar, en general, cualquier derecho subjetivo.

48. DESUBICACIÓN DEL ART. 504.– Puede ocurrir que el tercero lo sea con relación al contrato, pero que en el mismo contrato se estipule una obligación a su favor, con respecto a la cual él es un verdadero acreedor. Esta situación tan especial debe examinarse conjuntamente con el régimen de los contratos y no al tratar el de las obligaciones, como erróneamente lo hace nuestro codificador.

49. CLASIFICACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES.– Los efectos de las obligaciones se clasifican en dos categorías, *principales y secundarios*. Los efectos *principales* de la obligación conciernen, directamente, a la satisfacción del derecho del acreedor; los *secundarios* están encaminados a ello sólo indirectamente, pues en sí mismos tienden a algo distinto que redunda en la mejor realización de aquéllos efectos principales: por ello se denominan también *auxiliares,* en cuanto favorecen y facilitan la concreción de aquéllos.

Los efectos principales, se clasifican a su vez en *normales* o *necesarios,* que corresponden a toda obligación según su naturaleza, y *anormales,* que sólo se producen cuando el acreedor no puede vencer la resistencia del deudor incumpliente y debe conformarse con un ingreso pecuniario equivalente al valor de la prestación, más el daño que le ha producido la falta de cumplimiento en tiempo propio. Como lo habitual es que las obligaciones se cumplan espontáneamente, estos efectos anormales son llamados también subsidiarios o accidentales (*infra* núms. 77 y sigs.).

Los efectos *secundarios* o *auxiliares* tienden a la mejor realización de los efectos principales. A ellos nos referimos más adelante (ver *infra* núms. 333 y sigs.).

50. DERECHOS DEL DEUDOR.– La obligación también produce efectos favorables al deudor. Lo que para éste es un deber también es un derecho, y de este principio se siguen consecuencias importantes: a) el deudor tiene derecho a exigir la cooperación del acreedor cuando ella es necesaria para el cumplimiento de la obligación; b) si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor puede obligarlo a recibirlo recurriendo al pago por consignación (arts. 756/766, *infra,* núms. 1036 y sigs.); c) el cumplimiento exacto de la obligación le da al deudor el derecho de obtener su liberación (art. 505). Por ello, el deudor puede no sólo exigir el correspondiente recibo de pago (*infra,* núms. 1073 y sigs.) sino también que desaparezcan todos los vestigios de la obligación extinguida (cancelación de gravámenes hipotecarios o prendarios, levantamiento de embargos e inhibiciones, restitución de garantías, etc.); d) independientemente, el deudor tiene derecho de rechazar las acciones del acreedor si la obligación se hallase extinguida o modificada por una causa legal (art. 505, última parte). Pero ello no será una virtualidad de la obligación, como las anteriormente analizadas, sino una consecuencia del hecho dotado de esa energía cancelatoria o modificatoria de la obligación.

II. EFECTOS NORMALES O NECESARIOS DE LAS OBLIGACIONES

51. CONCEPTO.– Los efectos normales de la obligación consisten en los medios que el ordenamiento jurídico da al acreedor para que éste obtenga el cumplimiento específico de la prestación: es el cumplimiento en especie o *in natura*. A esto se refiere el art. 505, incs. 1º y 2º, si bien su texto es defectuoso; el deudor debe aquello a que "está" obligado y no sólo aquello a que "se" ha obligado. La obligación no sólo nace del acuerdo de partes; también puede resultar de la ley.

52. DISTINTOS MODOS DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO.– La realización del hecho en que consiste la prestación, puede efectuarse *voluntariamente* por el deudor, o *forzadamente* por la instancia judicial del acreedor, o mediante la ejecución del hecho por un tercero.

53. A) CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO.– Por lo general las obligaciones son cumplidas espontáneamente: el deudor, ya por la presión psicológica de la ley moral, ya por el temor a las acciones judiciales del acreedor, de ordinario cumple voluntariamente la prestación debida. Por ello, el fenó-

meno jurídico de la ejecución espontánea de la obligación pasa inadvertido, como tantos actos privados que no suscitan la intervención de las autoridades públicas. El Código no se ocupa de ese fenómeno, ni lo menciona entre los efectos de las obligaciones. Pero no cabe duda que reviste ese carácter, pues el comportamiento del deudor en esa hipótesis no es algo que se explique por su solo arbitrio, sino que responde al compromiso preexistente y tiende a lograr la liberación del yugo que el vínculo obligacional le había creado. De ahí que el desplazamiento de valores, que comporta el pago de la prestación, no sea, en principio, un acto gratuito fácilmente impugnable por los terceros, ni mucho menos un pago sin causa que no garantiza a quien lo recibe la retención de lo recibido.

Con todo, es menester prever el proceder del deudor contrario al deber que sobre él pesa para contrarrestarlo con las medidas adecuadas. Es lo que ha hecho el codificador en los incs. 1º y 2º del art. 505.

54. B) CUMPLIMIENTO FORZADO.– Si el deudor no cumple el acreedor dispone de los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado (art. 505, inc. 1º).

En primer término se trata de resortes o recursos autorizados por la ley que se canalizan por intermedio de la autoridad judicial. El acreedor no puede nunca hacerse justicia por mano propia: debe siempre acudir ante los tribunales para vencer, por su intermedio, la resistencia del deudor incumpliente.

En segundo lugar, estas acciones judiciales tienden a la ejecución de la obligación, es decir a la concreción del bien que el acreedor espera obtener mediante una determinada conducta del deudor. Esa conducta que se identifica con la realización de la prestación debida es, en sí misma, incoercible, pero el bien que constituye el objeto de la prestación puede, en cambio, obtenerse compulsivamente.

Finalmente, este recurso del acreedor está respaldado por el auxilio de la fuerza pública. La sentencia judicial que declara el derecho del acreedor es susceptible de cumplirse *manu militari*. De ahí el nombre de cumplimiento forzado que recibe esta actuación de los derechos del acreedor.

55. LIMITACIONES AL CUMPLIMIENTO FORZADO.– El principio del cumplimiento específico de la obligación *no es absoluto*.

Sin duda ese modo de ejecución en especie, constituye la primera prerrogativa del acreedor, interesado en que el reconocimiento de su dere-

cho se traduzca en la efectiva concreción de la prestación esperada. Pero no siempre será practicable ese cumplimiento en especie, ya porque hayan sobrevenido *modificaciones* insalvables en el *objeto debido,* ya porque la realización forzada del hecho debido sea inescindible del ejercicio de la *violencia sobre la persona* del deudor, que el derecho moderno no tolera. Esto conduce a examinar las limitaciones al cumplimiento forzado de la prestación, con respecto a las obligaciones de *dar, de hacer y de no hacer*.

56. a) OBLIGACIONES DE DAR.– El acreedor puede pedir el embargo y secuestro de la cosa, o el desalojo del deudor del inmueble que ocupa sin derecho, todo ello con el auxilio de la fuerza pública, a fin de vencer la resistencia del deudor. No hay violencia sobre la persona del deudor sino sólo remoción de su oposición al cumplimiento de la obligación, impidiéndose de esa manera que él prevalezca en un proceder injusto.

El derecho del acreedor al cumplimiento específico de la obligación de dar está supeditado a la concurrencia de tres requisitos: 1) que la cosa exista, pues, si no existe no es posible el cumplimiento forzado y se producen otras consecuencias jurídicas. Cuando la cosa se pierde por culpa del deudor, la primitiva obligación de dar una cosa cierta se convierte en la de pagar daños e intereses (conf. arts. 889 y 890), y si ello ocurre sin culpa del deudor se presenta un caso fortuito (art. 513) que extingue la obligación sin responsabilidad para el deudor. 2) Que la cosa esté en el patrimonio del deudor, al cual, se limitan los poderes de agresión del acreedor. Por esto no corresponde hacer lugar a la escrituración de un inmueble que el deudor ha enajenado a un tercero, y la obligación ha de resolverse en el pago de daños y perjuicios. 3) Que el deudor tenga la posesión de la cosa. Si la posesión ha pasado a un tercero el desapoderamiento de éste no puede tener lugar hasta que se lo oiga y se examine su derecho a la cosa; por ejemplo caso del art. 594.

57. b) OBLIGACIONES DE HACER.– Nuestro Código Civil admite como regla general su ejecución forzada a menos que sea necesario ejercer violencia contra la persona del deudor, por ejemplo, obligación de escriturar, será factible su cumplimiento forzado. Si no lo es por ejemplo obligación de realizar una obra de arte o prestar servicios profesionales, el acreedor deberá conformarse con la indemnización de daños y perjuicios. El derecho moderno, por respeto a la dignidad de la persona humana, veda en esta hipótesis el recurso a la fuerza.

58. c) OBLIGACIONES DE NO HACER.– Se aplica el mismo criterio que gobierna las obligaciones de hacer: el hecho del deudor podrá ser impedido si no es necesario ejercer violencia sobre su persona. Así podrá clausurarse un establecimiento comercial con el cual el deudor viola la obligación asumida de no instalarse dentro de cierto radio; pero no podrá impedirse por la fuerza que quien se obligó a trabajar *full-time* preste sus servicios a otros acreedores.

Si lo hecho es una obra el acreedor puede pedir su destrucción (art. 633, e *infra*, nº 705).

59. C) CUMPLIMIENTO POR OTRO.– El tercer modo de cumplimiento específico de la obligación consiste en la posibilidad para el acreedor de hacérselo procurar por otro a costa del deudor (art. 505, inc. 2º).

Acerca de la naturaleza de esta virtualidad de la obligación, se desdobla según que se la examine desde el ángulo del acreedor o del deudor. Si se la mira del lado del acreedor, como éste obtiene aquello mismo que constituía el objeto de la obligación, se trata de un cumplimiento *específico* de la prestación debida. Si, en cambio, se la enfoca del lado del deudor, como éste costea a sus expensas la satisfacción del interés del acreedor, el cumplimiento por otro aparece como un *modo subsidiario* de practicar el hecho debido por el obligado.

En cuanto al carácter que tiene esta manera de concretarse la expectativa del acreedor, se trata de una mera *facultad* del acreedor, quien no está precisado a requerir de un tercero lo que debe suministrarle el deudor.

60. CAMPO DE APLICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO POR OTRO.– Este derecho no podrá ser ejercido cuando la prestación deba realizarse necesariamente por el deudor, como ocurre con la obligación de dar una cosa cierta. En cambio, el campo propio de esta facultad del acreedor se presenta en las obligaciones de dar cosas inciertas, fungibles o no fungibles, y sumas de dinero, pues nada obsta en ellas para que se satisfaga la expectativa del acreedor, mediante el suministro por un tercero de la cosa o los fondos esperados.

En lo que respecta a las obligaciones de hacer habrá de distinguirse si éstas son o no *intuitu personae*. Sólo cuando la persona del deudor es indiferente cuadraría el cumplimiento por otro, como en el caso de trabajos manuales no especializados.

En las obligaciones de no hacer no será posible el cumplimiento por otro, pues la abstención de un tercero no beneficiará al acreedor si el deudor persiste en la actividad prohibida.

61. QUID DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.– El acreedor no puede por su sola autoridad sustituir al deudor por un tercero en la realización de la prestación debida: para ello, requiere, en principio, la autorización judicial. La razón está en que si actuara por su sola autonomía, se estaría haciendo justicia por mano propia (conf. art. 630).

Sin embargo, en caso de urgencia, el acreedor está dispensado de la autorización judicial. Evidentemente ésta supone un trámite que insume un cierto tiempo, incompatible con la ejecución urgente de la obligación.

De cualquier modo, existe una importante diferencia entre la ejecución por un tercero, con o sin autorización judicial. En el primer caso, como promedia un presupuesto del costo de la intervención del tercero, que ha sido aprobado por el juez que dio la autorización, el acreedor tiene derecho al *reembolso*, a expensas del deudor, de lo que él hubiese satisfecho al tercero. En cambio, si actúa sin autorización, sólo tiene derecho al *reintegro* de lo que fuese justo, a título de resarcimiento de daños y perjuicios.

62. PAGO POR TERCERO.– Otro modo de hacer valer el derecho concedido al acreedor por el art. 505, inc. 3º, es *aceptando* el pago que quiera hacerle un tercero que queda *subrogado* en sus derechos contra el deudor (ver *infra*, 1080 y sigs.).

III. LA *ASTREINTE* COMO MEDIO DE COMPULSION DEL DEUDOR

63. NOCIÓN.– La *astreinte* es la imposición judicial de una condena pecuniaria que afecta al deudor mientras no cumpla lo debido, y que por ello es susceptible de aumentar indefinidamente.

Supone la existencia de una obligación que el deudor no satisface *deliberadamente*, y procura vencer la resistencia del recalcitrante mediante una presión psicológica que lo mueva a cumplir para detener la acumulación incesante de una deuda que puede llevarlo a la ruina.

64. ANTECEDENTES EXTRANJEROS DE LAS *ASTREINTES*.– Este medio de compulsión es de origen francés. Desde antiguo los parlamentos lo utili-

zaron para hacer cumplir sus decisiones; ulteriormente los jueces lo fundaron en la facultad de dictar mandamientos para hacer cumplir sus decisiones. Del derecho francés el instituto ha pasado a otras legislaciones como la alemana y la egipcia.

65. DERECHO ARGENTINO: JURISPRUDENCIA. LEY 17.711.– En nuestro país, ya con anterioridad a la ley 17.711 la doctrina admitía unánimemente la procedencia de las *astreintes*. Esta posición se apoya en el art. 505 que autoriza al acreedor a "emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado". Si la *astreinte* es un *medio legal,* en cuanto determinado por la autoridad judicial, y no por la voluntad del acreedor; si es sumamente eficaz para conseguir el objetivo que con ella se persigue, como lo muestra la experiencia judiciaria de los países extranjeros en que se la practica; si no tropieza con valla legal alguna que impida su utilización; en fin, si con ella no se lesiona derecho alguno del deudor, no cabe dudar de la legitimidad de su empleo.

La jurisprudencia, inicialmente reacia, terminó por plegarse al criterio de la doctrina. A su vez el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961, recomendó que se introdujera en el Código Civil, la reglamentación de este medio de compulsión.

La ley 17.711, recoge estos decisivos antecedentes en el nuevo art. 666 bis del Código Civil.

66. NATURALEZA JURÍDICA.– La *astreinte* no es una pena civil: mira al futuro y sólo alcanza a aquel que después de dictada la orden judicial, persiste en su actitud recalcitrante. Tampoco es una indemnización. Es un medio de compulsión del deudor y por ello corresponde examinarlo aquí, ya que tratamos de los medios legales de que dispone el acreedor para obtener lo que le es debido.

Si la persona del deudor es sagrada, su patrimonio no lo es. Es razonable entonces, una sanción pecuniaria que grava el patrimonio del deudor *mientras* éste incumpla deliberadamente el deber que le impone una sentencia.

67. COMPARACIÓN DE LA *ASTREINTE* CON LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.– No hay confusión posible entre la *astreinte* y la indemnización de perjuicios.

a) La *astreinte* no se relaciona con el perjuicio sufrido por el acreedor; la indemnización en cambio se orienta a la reparación de ese perjuicio en la justa medida.

b) La *astreinte* atiende a la fortuna del sancionado (art. 666 bis) y a la resistencia que éste oponga; en cambio la fortuna del obligado es irrelevante para fijar los daños y perjuicios, salvo supuestos excepcionales (art. 1069, 2º párr.).

c) La determinación de la *astreinte* queda sometida al arbitrio del Juez; este arbitrio del Juez no se ejerce con relación a la indemnización, que debe apreciarse objetivamente.

d) La indemnización una vez fijada se incorpora definitivamente al patrimonio del acreedor; la *astreinte*, puede ser reajustada o aun dejada sin efecto según las circunstancias del caso (art. 666 bis).

68. FUNDAMENTO DE LA *ASTREINTE*.– Reside en el imperio de los jueces que deben disponer de los medios conducentes al acatamiento de sus decisiones. No basta con sancionar penalmente a quien desobedezca el mandato de los jueces (art. 240 Cód. Penal); éstos deben disponer de medios que aseguren la eficacia de la sentencia dictada, cuestión muy distinta.

69. CARACTERES DE LA *ASTREINTE*.– Se derivan de su naturaleza jurídica.

a) Es *provisional* y no pasa en autoridad de cosa juzgada. Puede ser dejada sin efecto o reajustada si el deudor desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder (art. 666 bis, *in fine*).

b) La condena es *discrecional* del juez en cuanto a su procedencia y en cuanto a su monto. Esto resulta no sólo de la fluidez con que está redactado el nuevo art. 666 bis sino de la finalidad conminatoria perseguida. El juez apreciará libremente la conducta del obligado y su patrimonio, y decidirá la cuantía de la sanción que resulte apropiada para el fin perseguido.

c) La *astreinte* es *conminatoria* y no resarcitoria. Por ello es aplicable aun a la inejecución de deberes que carezcan de contenido patrimonial y en los que falte un interés indemnizable.

d) La *astreinte* es *susceptible de ejecución* en los bienes del condenado, pues si así no fuera resultaría ilusoria.

La mayoría de la doctrina no acepta este principio, y subordina la ejecución a la previa liquidación de los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Con esto, la sanción pierde su utilidad antes de la determinación de los daños y perjuicios porque no puede cumplirse efectivamente; después de esa determinación porque literalmente desaparece.

La ejecución de la *astreinte* no perjudica al deudor porque si luego se la dejara sin efecto total o parcialmente, el acreedor debería restituir lo percibido de más; se trataría de un pago cuya causa ha dejado de existir (art. 793, *in fine*). Además si se subordina la ejecución a la liquidación de los daños y perjuicios, la *astreinte* no podría funcionar con respecto a deberes carentes de contenido patrimonial.

La ley 17.711 no establece expresamente que las condenaciones conminatorias de carácter pecuniario son ejecutables. Pero si ellas constituyen una obligación, el acreedor en cuyo beneficio se establecen, debe tener los medios de procurarse lo debido (art. 505). De lo contrario, la ley, incomprensiblemente, habría creado no una obligación civil sino una natural, puesto que el acreedor no tendría "derecho a exigir su cumplimiento" (art. 515).

Por ello pensamos que consentida o ejecutoriada la sentencia que la impone, la *astreinte* es ejecutable por el procedimiento indicado en el art. 499 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, y en los artículos pertinentes de los códigos de forma provinciales.

e) La *astreinte* no puede ser pronunciada de *oficio,* sino a pedido del acreedor interesado en su aplicación.

70. NO ACUMULACIÓN DE LA *ASTREINTE* Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.– Pese a tratarse de derechos diferentes e inconfundibles, nunca es posible acumularlos de modo que el acreedor se beneficie a un doble título. Si el importe de la sanción es inferior al perjuicio, por este título el acreedor sólo puede reclamar la diferencia. Si el importe de la sanción supera el monto del perjuicio, el cobro de aquélla agota el derecho del damnificado. Se aplica el principio fundamental que domina la teoría de los daños y perjuicios según el cual le está impedido al damnificado lucrar a expensas de los responsables, debiendo compensar el lucro con el daño (*infra,* nº 218).

71. BENEFICIARIO DE LA *ASTREINTE.*– De acuerdo con el art. 666 bis, el beneficiario de la *astreinte* es el titular del derecho. El criterio seguido por el legislador, que es también el que impera en Francia, debe aprobarse. Si la *astreinte* se destinara totalmente a un establecimiento público según alguna vez se propuso, el deudor se perjudicaría pues no podría deducir el importe de la sanción de la indemnización de daños y perjuicios. Si se la destinara parcialmente, ello sólo podría ocurrir luego de desinteresado el acreedor perjudicado, lo que dificultaría la ejecutabilidad de la *astreinte* y se prestaría a arreglos dudosos entre las partes, pues éstas abultando ficticiamente la cuenta de los daños, podrían de hecho impedir que quedara importe alguno a favor de las entidades supuestamente beneficiarias.

72. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA *ASTREINTE.*– Cualquier deber jurídico impuesto en una resolución judicial (art. 666 bis) puede ser asegurado en su ejecución por una *astreinte*. Mientras la ejecución en natura pueda lograrse no hay distinción que hacer en función de la índole del deber jurídico de que se trate (patrimonial o extrapatrimonial), ni razón para supeditar la aplicación de las *astreintes* al previo fracaso de otras medidas de compulsión.

La jurisprudencia ha recurrido a las *astreintes* para conminar al cumplimiento de deberes de familia y otros desprovistos de contenido económico. Pero tratándose de obligaciones de hacer se ha estimado con razón, que por respeto a la persona humana, no cabe recurrir a este modo de compulsión cuando es la propia persona la que está comprometida en la prestación debida, por ejemplo, realización de una obra de arte, o prestación de servicios profesionales.

73. PUNTO DE PARTIDA DE LAS *ASTREINTES.*– Estas condenas corren desde que están *ejecutoriadas* y son *notificadas* al deudor. Ambos requisitos son necesarios: la sentencia debe estar firme y *además* debe estar notificado el deudor.

74. CESACION DE LA *ASTREINTE.*– Como la *astreinte* consiste en una obligación accesoria que se le impone al deudor, ella cesa con la *extinción* de la obligación principal (conf. art. 525), salvo la reserva que haga el acreedor con respecto al cobro de la multa ya devengada al tiempo de recibir el pago de la prestación principal. También cesa la *astreinte* por el pago de la condena. En cualquiera de estos casos no es indispensable que el juez deje sin efecto la resolución que la impuso.

12

75. PRISIÓN POR DEUDAS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– Si bien el Derecho Romano eliminó de su seno el rigor excesivo que permitía al acreedor disponer del cuerpo de su deudor, perduró durante siglos la prisión por deudas, que el derecho moderno finalmente excluyó, pues es inicuo encarcelar al deudor porque carezca de medios para pagar a sus acreedores. Sin embargo se reconoce que ciertas obligaciones primarias, puedan estar protegidas por sanciones penales, por ejemplo, prisión por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944, arts. 1º y 2º).

76. MULTAS CIVILES: LEGALES, CONVENCIONALES Y JUDICIALES.– Las multas civiles son sanciones pecuniarias impuestas por las leyes en razón de ciertas contravenciones al orden social establecido. A diferencia de las *astreintes*, miran al pasado y tienen carácter represivo y no conminatorio.

Las multas pueden resultar ya de la disposición de la ley, ya de la convención de las partes (cláusula penal) o bien pueden imponerlas los jueces para asegurar el orden y buen trámite de los juicios.

IV. EFECTOS ANORMALES O ACCIDENTALES DE LAS OBLIGACIONES

77. NOCIÓN.– Como hemos visto (*supra,* nº 49), los efectos *anormales* o *subsidiarios,* o *accidentales* de las obligaciones son las consecuencias de éstas que conciernen a la satisfacción del derecho del acreedor por vía de *sucedáneo.* La inejecución del deudor ha hecho fracasar la expectativa del acreedor en cuanto a la prestación debida, con lo cual no sólo se priva al acreedor de que ingrese en su patrimonio el valor de la prestación *(daño emergente)* sino que quedará frustrada la ganancia que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiera cumplido en tiempo propio *(lucro cesante).* Con la denominación de *daños y perjuicios,* se engloban indiscriminadamente ambos renglones, a los que se refiere el art. 519: "Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo".

78. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: FUNCIÓN DE EQUIVALENCIA PATRIMONIAL.– De lo expuesto surge que la indemnización de daños y perjuicios tiene una función de equivalencia patrimonial con la que se procura dejar al acreedor en la misma situación que habría tenido si el deudor hubiera cumplido exactamente su obligación.

79. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.– Los daños y perjuicios tienen un carácter subsidiario del que derivan las siguientes consecuencias: a) En primer lugar, el acreedor no puede optar por la indemnización si es factible el cumplimiento específico de la obligación. b) En segundo lugar, lo que le está impedido al acreedor no puede ser impuesto por los tribunales contra la voluntad de aquél. c) En tercer lugar, tampoco el deudor podrá sustituir la prestación debida mediante el pago de daños y perjuicios a menos que se haya reservado tal facultad, en cuyo caso nos encontraríamos frente a una obligación facultativa (*infra,* nº 765).

80. DISPOSICIÓN LEGAL.– Los efectos anormales de las obligaciones están previstos en el art. 505, inc. 3º, en cuanto faculta al acreedor, "para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

La indemnización a que aquí se alude cubre los daños y perjuicios de la terminología corriente, o daños e intereses del art. 519 que son comprensivos del daño emergente y del lucro cesante experimentados por el acreedor a causa del incumplimiento de la obligación.

81. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.– Para que la responsabilidad del deudor quede comprometida deben conjugarse los siguientes presupuestos: 1) *incumplimiento* del deudor; 2) *imputabilidad* del incumplimiento al deudor en razón de su culpa o dolo; 3) *daño* sufrido por el acreedor; 4) *relación de causalidad* entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor. Basta que alguno de estos requisitos fracase para que el deudor quede exento de responsabilidad civil por las consecuencias de su actividad.

De los presupuestos enunciados, tres son puramente *objetivos:* el incumplimiento del deudor, el daño del acreedor y la relación de causalidad entre uno y otro. El restante es de carácter *subjetivo,* pues se refiere a la posibilidad moral de atribuir ya la inejecución de la obligación, ya el daño ocasionado por ello, al deudor como causa inteligente y libre de la actividad obrada por él, para exigirle la consiguiente responsabilidad.

V. MORA

82. PRIMER PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD: INCUMPLIMIENTO MATERIAL.– Consiste en una disconformidad entre la conducta obrada por el deudor y la conducta debida por éste, según los términos de la obligación.

A esta infracción a lo debido se la denomina *incumplimiento material de la obligación* porque aparece como una materia de conducta en contravención a la exigida por la existencia de la obligación.

83. INCUMPLIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO.– La disconformidad entre lo obrado y lo debido puede ser *absoluta* o *relativa*. Es *absoluta* cuando el comportamiento del deudor es contrario u opuesto al que le exigía el cumplimiento de la obligación. La disconformidad de conducta es *relativa* cuando el cumplimiento del deudor es defectuoso en cuanto al modo, tiempo o lugar de ejecución de la prestación.

El cumplimiento defectuoso queda asimilado al incumplimiento total en cuanto uno y otro generan la responsabilidad del deudor, y sólo pueden diferir con respecto a la cuantía de la indemnización. Pero, es de notar que el deudor no puede imponer al acreedor la recepción de un cumplimiento defectuoso, por no haber identidad entre lo debido y lo que se intenta pagar (véase *infra*, nº 1011). Así, frente a la tentativa de un pago defectuoso el acreedor puede: 1) rechazar el pago, con lo cual la situación se asimila a la inejecución total; 2) aceptar ese pago sin reserva alguna; y 3) aceptar el pago con reserva del derecho a obtener la indemnización del daño causado por el cumplimiento defectuoso. A falta de esa reserva no puede, luego, el acreedor pretender la indemnización, pues se opone a ello el efecto cancelatorio del pago que se extiende a la obligación accesoria, a saber, la reparación del perjuicio moratorio.

84. INCUMPLIMIENTO MATERIAL Y ESTADO DE MORA.– No hay identidad entre *incumplimiento material* de la obligación a que nos hemos referido hasta acá y el *estado de mora*, que consiste en la creencia compartida por el acreedor y el deudor acerca del incumplimiento de este último. Puede el deudor haber caído en incumplimiento material de lo debido y sin embargo no estar incurso en mora por no haber sido interpelado por el acreedor, cuando la ley establece este paso previo para la constitución en mora. Por otra parte, el sistema de constitución en mora, con o sin interpelación según las características de la obligación, es uniforme tanto para el deudor cuanto para el acreedor, si está en juego la apreciación de la conducta practicada por este último, en orden al deber que tiene de cooperar para que aquél pueda cumplir lo debido.

§ a) Mora del deudor

85. MORA DEL DEUDOR: ELEMENTOS.– La mora del deudor requiere tres elementos: 1) el retardo en el cumplimiento de la obligación, que constituye el elemento material de la mora; 2) el dolo o culpa del deudor, es decir que el retardo le sea imputable; y 3) la constitución en mora, mediante interpelación del acreedor, en las obligaciones en que ello es un requisito de mora.

86. DISTINTOS SISTEMAS DE CONSTITUCIÓN EN MORA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, FUNDAMENTO, LEGISLACIÓN COMPARADA.– Tanto la doctrina como la legislación distinguen el sistema de la interpelación, y el de la mora automática por el transcurso del tiempo propio para el pago.

a) En Roma, según la comprensión más difundida, la interpelación del acreedor sólo era indispensable para provocar la mora del deudor, cuando la obligación no tenía fecha de vencimiento. En cambio, si estaba señalada de antemano la fecha de pago, la interpelación se consideraba innecesaria: el deudor caía en mora por el solo vencimiento del plazo que hacía exigible la deuda (*dies interpellat pro homine*, es decir, el tiempo interpela en lugar del hombre). Cabe señalar que esta interpretación del sistema romano no es unánime: no faltan opiniones que la consideran dudosa (Windscheid) cuando no falsa (Girard).

La distinción expuesta pasó a la antigua legislación *española* a través de las Partidas (Partida 5, tít. II, leyes 17 y 35) y aún hoy es mantenida por los códigos *alemán* (artículo 284); *suizo* de las obligaciones (art. 102), *brasileño* (art. 960); *peruano* (art. 1254); *mexicano* (arts. 2104 y 2105), *colombiano* (art. 1603) y *chileno* (art. 1551).

El fundamento de la mora automática para las obligaciones que tienen plazo determinado, radica en que el deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir la prestación, y por lo tanto resulta innecesario supeditar la responsabilidad del deudor al cumplimiento de un requisito formal como es la interpelación.

b) De este sistema se apartó el Código Napoleón (art. 1139), que no hace distinción alguna entre las obligaciones, quedando todas sometidas al principio general de la constitución en mora mediante interpelación del acreedor (*dies non interpellat pro homine*).

13

El criterio del Código francés ha sido seguido no sólo por nuestro codificador (antiguo art. 509), sino también por los códigos *español* (art. 1110), de *Holanda* (art. 1274), de *Nápoles* (art. 1093), *uruguayo* (art. 1336), *sardo* (art. 1230), *italiano* de 1942 (art. 1219) y *ecuatoriano* de 1950 (art. 1541). Asimismo, prevalece este criterio en los *proyectos de reforma* de nuestro Código: Anteproyecto Bibiloni, art. 1020; Proyecto de 1936, art. 572; Anteproyecto de 1954, art. 860.

El sistema de la previa interpelación se funda en la conveniencia de esclarecer la conciencia de las partes para que entre ellas reine la buena fe y ninguna pueda abusar de situaciones equívocas. De ordinario las relaciones entre acreedor y deudor se mantienen en un terreno amistoso que relega a un segundo plano los derechos estrictos del acreedor. Justo es, entonces, que cuando éste desee hacer valer sus derechos, lo haga saber categóricamente exigiendo el pago al deudor a fin de que el último no resulte sorprendido y sepa a qué atenerse.

87. El sistema de Vélez Sarsfield.– Nuestro codificador había establecido en el art. 509 el principio general según el cual debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor para que el deudor incurra en mora. Esto significaba que, en principio, no había mora sin *interpelación* del acreedor, es decir sin la exigencia categórica e indudable del cumplimiento de la obligación, dirigida por el acreedor al deudor.

Para que el requerimiento del acreedor fuese idóneo a fin de constituir en mora al deudor, debían concurrir ciertas condiciones *intrínsecas* a la interpelación misma y otras condiciones *extrínsecas* a ella.

Las condiciones *intrínsecas* de idoneidad de la interpelación se referían: a) a lo *categórico* e *indudable* de la exigencia del acreedor; b) a lo *apropiado* del requerimiento, en cuanto al objeto, modo y tiempo del pago reclamado; c) al carácter, *coercitivo* y no declarativo de la interpelación; d) al *cumplimiento factible* del requerimiento; e) eventualmente a lo *circunstanciado* de la exigencia de pago.

Las condiciones *extrínsecas* de idoneidad de la interpelación resultaban: a) de la *cooperación* del acreedor cuando ella era indispensable para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor; b) de la *ausencia de mora del acreedor* en cuanto a la satisfacción de sus propias obligaciones que estuviesen relacionadas con la prestación a cargo del deudor.

Sin embargo, el principio de la subordinación de la mora al requisito de la interpelación previa no era absoluto. En efecto, el mismo art. 509 admitía las siguientes excepciones: mora *convencional* (inc. 1º) y mora *ex re*

(inc. 2º). Además, existían situaciones particulares de mora *legal* e hipótesis particulares en que la doctrina admitía la prescindencia del requisito de la interpelación para aceptar la mora del obligado, entre las que cabe mencionar: 1) la referente a los *hechos ilícitos* con respecto a los cuales se entendía que el deudor estaba en mora acerca de la obligación de reparar desde la comisión del hecho; 2) la *imposibilidad de interpelar,* imputable al deudor; 3) la *confesión* de estar en mora; 4) la *imposibilidad de cumplimiento* de la deuda, imputable al deudor.

88. Sistema de la ley 17.711: Criterio casuista.– La reforma abandona el criterio del Código que requería como principio la previa interpelación para que se produjera la mora del deudor en las obligaciones a plazo y lo sustituye por una enunciación casuística de situaciones de mora, que se configuran mediante la realización de hechos distintos.

En primer lugar, cabe apuntar que el nuevo precepto no enuncia un principio general en materia de constitución en mora, sino que señala cómo se produce la mora en los distintos casos allí contemplados.

Aunque el legislador haya pensado cubrir todas las hipótesis posibles, siempre hubiese sido necesario adoptar la interpelación como regla general, pues de lo contrario el intérprete carece de un criterio orientador para resolver los casos no comprendidos en los supuestos legales; por ejemplo, cuando la obligación carece de plazo o si por cualquier contingencia su vencimiento no produce la mora del deudor.

Con la ausencia de ese principio general nuestro país ha quedado en una categoría enteramente solitaria dentro del derecho comparado. Ninguna legislación extranjera carece de dicho principio, que consiste en el requerimiento del acreedor como factor constitutivo de la mora en general. Sólo difieren las legislaciones acerca de las excepciones con respecto a ese principio, y especialmente con respecto a las obligaciones a plazo.

89. Plazo expresamente convenido.– El primer párrafo del nuevo art. 509 se refiere a las obligaciones a plazo y establece que "la mora se produce por su solo vencimiento". Aunque el texto no distingue las obligaciones de plazo cierto de las de plazo incierto, se ha interpretado que no caen bajo su régimen las obligaciones de plazo incierto, pues no puede equipararse el caso en que el deudor conoce con exactitud el día del vencimiento de la obligación (conf. art. 567), con aquel en el cual la exigibilidad de la obligación está subordinada a un acontecimiento que si bien forzosamente habrá de ocurrir, se ignora el momento preciso en que suce-

derá (art. 568). En este último caso, resulta excesivamente riguroso que el deudor pueda caer en mora sin requerimiento previo de parte del acreedor.

Por otra parte, no hay razón para distinguir entre las obligaciones de plazo expreso incierto y las obligaciones de plazo tácito, resultante de la naturaleza y circunstancia de la obligación: si para estas últimas se exige la interpelación, ha de concluirse que la misma exigencia cuadra para aquellas otras.

90. QUID DEL VENCIMIENTO ESTÉRIL DEL PLAZO.– Una cuestión dificultosa se presenta cuando ha ocurrido el vencimiento de la obligación sin que ello haya provocado la mora del deudor, por ejemplo, si el acreedor había por entonces dejado de cumplir las obligaciones a su cargo. En tal caso, ¿cómo se constituye en mora al deudor? Creemos que este supuesto queda convertido en una hipótesis de *plazo tácito* (véase *infra* nº, 91) que vencerá cuando desaparezcan los impedimentos que antes obstaban a la mora del deudor, o sea, siguiendo el mismo ejemplo anterior, cuando el acreedor haya hecho cesar su propia mora *accipiendi*. Llegado ese momento podrá requerir útilmente el acreedor el cumplimiento en un término prudencial, según las circunstancias del caso (véase Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, nº 117) y el deudor que no hiciere el pago dentro de ese lapso, quedará constituido en mora.

91. OBLIGACIONES DE PLAZO TÁCITO.– De conformidad con lo preceptuado por el segundo párrafo del art. 509, cuando según la naturaleza y circunstancias de la obligación, ha de entenderse que existía un plazo tácito para el cumplimiento de la deuda, la mora del deudor está subordinada a la interpelación del acreedor, luego de vencido ese plazo. Por ejemplo, si se establece que la escritura traslativa de dominio ha de otorgarse cuando se despachen los certificados correspondientes, u otra forma análoga de definir la oportunidad de la ejecución.

Sobre este punto, llama la atención la ausencia de previsión legislativa referente al *plazo esencial,* cuando éste fuere tácito (por ej.: transporte de productos perecederos que sólo puede hacerse en determinado tiempo: alquiler de ropa de etiqueta, o de servicio de lunch, o de músicos para una fiesta determinada; etc.). En el régimen derogado, el solo transcurso del tiempo en que debía cumplirse la obligación provocaba la mora del deudor. Ahora pareciera que, no obstante resultarle inútil al acreedor el cumplimiento tardío de la obligación, la ley lo obliga para constituir en mora al deudor, a que recurra a una interpelación incomprensible.

Sin embargo, pensamos que para interpretar congruentemente el apartado, ha de entenderse que siendo el plazo tácito, la interpelación es necesaria a menos que el tiempo en que debía cumplirse la obligación fuere determinante de la constitución de la obligación por el acreedor, de modo que el posterior cumplimiento le resulte inútil. En este caso, aunque el plazo sea tácito, el acreedor no necesita interpelar a su deudor y éste se encontrará en situación de incumplimiento definitivo, asimilable al estado de mora a los fines de establecer su responsabilidad.

92. OBLIGACIONES SIN PLAZO.– El tercer apartado del art. 509 dispone que "si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará..." Pareciera que en todo supuesto en que no se haya determinado un plazo cierto o no resulte un plazo tácito, el acreedor debe acudir a la instancia judicial para definir la oportunidad del cumplimiento de la obligación.

Pero ello no es así porque el plazo sólo constituye un accidente o modalidad de la obligación, y no un elemento natural de ella. Por eso, el apartado no comprende las obligaciones puras y simples, es decir, aquellas que no están sujetas a modalidad alguna. Si la obligación no tiene plazo, ella es exigible en la primera oportunidad que su índole consienta y claro está que el acreedor no necesita requerir del juez la fijación de un plazo que las propias partes han entendido innecesario.

Por consiguiente, el tercer párrafo del art. 509 tiene su alcance limitado a los supuestos de *plazo indeterminado.* Es lo que ocurre cuando las partes han diferido para un momento ulterior la determinación del plazo, no llegándose a poner de acuerdo a ese respecto. En tal caso la determinación del tiempo de cumplimiento se realiza por el juez, a instancia del acreedor, pudiendo éste elegir el trámite del juicio sumario para lograr esa determinación, o bien el trámite que corresponda a la acción de cumplimiento de la respectiva obligación si decide acumular a ella la demanda por designación de fecha de pago.

93. FACTORES IMPEDITIVOS DE MORA.– El deudor no incurre en mora si el acreedor no ofrece su cooperación para el cumplimiento de la obligación. Esto supone que se trate de una obligación cuyo pago requiera la adecuada cooperación del acreedor, es decir que no pueda satisfacerse por la sola actuación del deudor.

Uno de los deberes de cooperación a cargo del acreedor es el de concurrir al domicilio del deudor a recibir el pago en los casos en que sea de aplicación la norma residual del art. 747, *in fine.* Y al respecto se ha con-

14

trovertido a cuál de los sujetos es al que le corresponde probar la configuración de tal factor impeditivo de la mora. Un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estableció que "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" (CNCiv. en pleno, 21/III/80, *E.D.*, 87-268). No compartimos esta doctrina y por el contrario adherimos al criterio que propiciara la minoría de dicho Tribunal, a cuyos fundamentos nos remitimos.

94. OBLIGACIONES RECÍPROCAS.– Igualmente, tratándose de obligaciones recíprocas, el deudor no incurre en mora si a su vez el acreedor no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva (art. 510). Por el carácter recíproco que tiene la calidad de deudor en los contratos bilaterales, 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.

95. MORA LEGAL.– En ciertas situaciones particulares la ley también prescinde del requerimiento del acreedor para la constitución en mora.

Es lo que ocurre tratándose: de la *promesa de dote* a la mujer, en cuyo caso el deudor queda en mora desde el día de la celebración del matrimonio (art. 1242); de la obligación de hacer los *aportes* a la sociedad, caso en que se incurre en mora desde el día en que debieron efectuarse tales aportes (art. 1721); de la deuda por los saldos de la *tutela* a cuyo respecto el deudor está en mora desde que son exigibles (art. 466), etcétera.

96. OTROS CASOS DE MORA SIN INTERPELACIÓN.– Fuera de los supuestos antes señalados, hay otros casos en los cuales el análisis de la situación, conduce a la prescindencia del requisito de la interpelación para admitir la mora del obligado, cuando ello es un presupuesto de dicha mora. Ellos son: a) obligación de indemnizar proveniente de un *hecho ilícito;* b) *confesión* de mora por parte del deudor; c) imposibilidad de interpelar; d) *imposibilidad de cumplimiento* de la obligación.

97. I) HECHO ILÍCITO.– Cuando la causa de la obligación de indemnizar es un hecho ilícito se ha considerado que el responsable está incurso en mora, a todos los efectos legales, desde la comisión del hecho (Cám. Civ. Cap. en pleno, *L.L.*, 93-667).

98. II) CONFESIÓN DE MORA.– Cuando el deudor reconoce estar en mora no es necesaria la interpelación del acreedor para que la constitución en mora se dé por establecida, puesto que con dicha actitud el deudor renuncia al requisito de la interpelación. Además, el deudor muestra con su confesión que tiene conciencia de haber salido de una situación ambigua de consentimiento de su incumplimiento por parte del acreedor, lo que exime a éste de practicar una interpelación para definir un estado de mora que ya está definido por el propio deudor.

Para que la mora quede establecida el reconocimiento del deudor debe ser explícito, razón por la cual es insuficiente el pedido de prórroga o espera para el pago.

Una situación particular de confesión se presenta cuando el deudor adelanta su voluntad de no ejecutar la obligación, por considerar que no ha llegado todavía el momento de cumplirla. En esta hipótesis lo importante, para establecer si la constitución en mora ha tenido lugar, es apreciar si el deudor estaba precisado o no a satisfacer la prestación debida, en ese entonces, sin tomar en cuenta una falta de interpelación impuesta por su propio proceder: no se justificaría imponer al acreedor la realización de una conminación de pago si el deudor se ha anticipado a manifestar que no pagará.

99. III) IMPOSIBILIDAD DE INTERPELAR.– Cuando el requerimiento de pago del acreedor se hace imposible por un hecho imputable al deudor, se considera que éste está constituido en mora. El requisito de la interpelación resulta suplido, pues el acreedor está impedido de llenarlo, sin culpa de su parte. Así ocurre si el deudor se ausenta sin dejar representante ni noticia de su paradero, o si de otro modo elude maliciosamente ser interpelado.

100. IV) IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.– Cuando el cumplimiento de la obligación ya no resulta factible, el deudor queda por ello constituido en mora. Se prescinde de la exigencia de pago porque en el caso sería inútil. Esto significa que si el cumplimiento del deudor ha dejado de ser posible, como sería absurdo supeditar la responsabilidad del deudor a la exigencia de un pago ya imposible, se considera que, a todos los efectos jurídicos, el deudor está en mora desde que incurrió en el incumplimiento definitivo de la obligación.

De ahí que la *obligación de no hacer* quede al margen del requisito de la interpelación: una vez realizado por el deudor el hecho prohibido, el incumplimiento de la obligación queda definitivamente establecido.

La *prueba del obstáculo* para la ulterior ejecución de la obligación está a cargo del acreedor.

101. EFECTOS DE LA MORA.– El efecto propio de la mora es *hacer relevante jurídicamente* el incumplimiento del deudor. Lo demás que se imputa al estado de mora corresponde al mismo incumplimiento del deudor.

Es conveniente enunciar las virtualidades que tiene el *estado de mora* del deudor.

a) Por lo pronto, es el primer presupuesto de la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios irrogados al acreedor.

b) La mora del deudor, si su cumplimiento ulterior es factible y resulta útil para el acreedor (véase *infra*, núms. 102 y 103), lo obliga a responder por el perjuicio que la tardanza en el pago le ha irrogado al acreedor: es lo que se denomina daño moratorio (art. 508).

c) La mora opera la *traslación de los riesgos* que pesaban sobre la prestación (cosa, hecho, abstención), del acreedor al deudor. El riesgo es la contingencia de que la cosa debida no pueda ser entregada, que el hecho debido, u omisión, no pueda ser realizado, por alguna causa ajena a las partes.

d) El estado de mora inhabilita al moroso para, a su vez, constituir en mora a la contraparte (arts. 510 y 1201).

e) La mora autoriza a la otra parte a resolver el contrato, sea que se haya previsto la resolución en base al incumplimiento del deudor (art. 1203), sea que se haga valer la facultad resolutoria, contemplada en el nuevo art. 1204.

f) Finalmente, cabe decir que las enunciadas virtualidades del estado de mora perduran en el tiempo mientras no ocurra un hecho que esté dotado de suficiente energía para modificar la situación preexistente: es el principio de inercia jurídica.

102. SUBSISTENCIA DEL DERECHO DEL DEUDOR DE PAGAR DURANTE LA MORA.– Aún después de constituido en mora, el deudor conserva el derecho de satisfacer la prestación debida y, por ello, si el acreedor le rechaza el pago, está habilitado para efectuar la pertinente consignación judicial (conf. art. 757, inc. 1º, véase *infra*, nº 1038). Esto significa que el deudor tiene el derecho de pagar y con ello hacer cesar su mora, siempre que

acepte su responsabilidad por los daños y perjuicios moratorios provocados al acreedor hasta ese momento. Si se desconociera al obligado ese derecho, negándose el acreedor a recibir el pago podría éste, por su hecho, agravar la situación del deudor, lo que nunca se tolera.

103. EXCEPCIÓN AL DERECHO DE PAGAR DURANTE LA MORA.– El principio expuesto *no es absoluto* y presenta las siguientes *excepciones:*

a) Si el acreedor ha fundado en la mora del deudor su *derecho a resolver el contrato,* que fuera causa de la obligación que se intenta pagar, ya no es posible imponerle a aquél la recepción del pago. En esa hipótesis, la mora del deudor obra como antecedente de la aniquilación de la misma causa de la obligación.

b) Asimismo, cesa el derecho de pagar, pendiente la mora, si por razón de la tardanza en el pago, la *prestación ya careciera de interés* para el acreedor. Esta solución surge implícitamente del art. 508. Claro está que la prueba de la carencia de interés para el acreedor le incumbe a éste.

104. CESACIÓN DE LA MORA.– El estado de mora del deudor cesa, y con ello los efectos del mismo que hemos examinado anteriormente (*supra,* nº 101) por las siguientes causas: 1) el *pago,* o la consignación en pago; 2) la renuncia, expresa o tácita, del acreedor; 3) la *imposibilidad* de pago sobreviniente.

El *pago* es la causa más terminante de la extinción de la mora, en razón de que su efecto cancelatorio disuelve la relación creditoria e importa una liquidación definitiva de la deuda con todos sus accesorios (art. 525), salvo que al tiempo de recibir el pago el acreedor dejara a salvo su derecho al resarcimiento del daño moratorio.

La *consignación en pago,* que sólo difiere accidentalmente del pago ordinario, por realizarse con intervención judicial (véase *infra,* nº 1036) produce también la cesación de la mora, desde el momento que la consignación sea eficaz.

La *renuncia* del acreedor, que consiste en su decisión de no hacer valer los derechos que le ha conferido la mora extingue el mismo estado de mora. La renuncia puede ser *total* o *parcial* según que comprenda todos los efectos de la mora o solamente algunos efectos determinados. Puede hacerse en forma expresa o tácita, pues aun cuando la renuncia no se presume ello no impide que pueda ser inducida, con entera incertidumbre, de la conducta del acreedor.

15

La *imposibilidad* de pago, sobreviniente, puesto que es un modo de extinción de la obligación misma, también extingue el estado de mora del deudor. Pero es de notar que la imposibilidad sobreviniente, si bien libera al deudor moroso de las consecuencias futuras del estado de mora, no lo exime de las responsabilidades incurridas hasta ese momento.

§ b) Mora del acreedor

105. MORA DEL ACREEDOR.– La mora del acreedor no ha sido legislada por el legislador quien, con todo, alude a ella en la nota al art. 509. Tampoco ha sido considerada por la ley 17.711. Sin embargo, no se duda de la posibilidad de la existencia de ese estado de mora, pues el acreedor está obligado, a su vez, a practicar una conducta que permita el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, toda vez que el comportamiento del acreedor impida la realización del pago que quiera hacer el deudor, aquél incurrirá en mora.

A falta de un régimen propio, que en rigor es innecesario, la mora del acreedor se rige por los mismos principios de la mora del deudor. Por lo tanto, le es aplicable todo lo expuesto respecto a la constitución en mora del deudor.

106. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR.– Los efectos que produce la mora del acreedor o *mora accipiendi*, son los siguientes:

a) El acreedor moroso debe resarcir los daños y perjuicios moratorios experimentados por el deudor, es decir los que resulten del retardo del acreedor en la recepción del pago.

b) La mora del acreedor pone a su cargo los riesgos de la prestación, si ellos pesaban hasta entonces sobre el deudor.

c) La *mora accipiendi* hace cesar los intereses moratorios (o punitorios) a cargo del deudor.

d) Provoca la liberación del deudor, cuando el pago ulterior de la obligación resulta ya imposible.

107. CESACIÓN DE LA MORA DEL ACREEDOR.– La mora del acreedor es un estado transitorio de la relación obligacional de aquél con el deudor, que está llamado a desaparecer, en virtud de varias causas, que pueden provenir del *acreedor*, o del *deudor*, o de *hechos extraños* a las partes.

a) Cesa la mora del acreedor, por *decisión de éste* cuando manifiesta al deudor su voluntad de aceptar el pago, acompañado del ofrecimiento de la cooperación suya que sea necesaria para satisfacer la prestación debida. Además debe ofrecer el pago de las prestaciones originadas en su propia mora, o sea la reparación del daño moratorio que hubiese sufrido el deudor.

b) Cesa la mora del acreedor por *decisión del deudor*, cuando éste *renuncia* total o parcialmente a la pretensión de hacer valer los derechos emergentes de aquella mora. Esta causa de cesación de la mora del acreedor no altera, en principio, los efectos ya producidos por ese estado.

c) Finalmente, se extingue la mora del acreedor por la *extinción de la obligación* a que se refiere, cualquiera sea la causa de la extinción: pago, imposibilidad de pago, etcétera.

VI. IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR

108. SEGUNDO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.– El segundo presupuesto de la responsabilidad del deudor consiste en la imputabilidad moral de su incumplimiento a él: no basta que el deudor haya actuado con discernimiento, intención y libertad (imputabilidad de primer grado); es necesario también que su conducta sea pasible de reproche por no haber cumplido deliberadamente *(dolo)*, o bien por haber omitido las diligencias necesarias para hacerlo *(culpa)*. Este reproche moral constituye la imputabilidad de segundo grado, a la que nos referiremos en los números que siguen.

109. QUID DEL ACREEDOR MOROSO.– Aunque las reglas del Código (arts. 506, 507 y 511 a 514) que vamos a establecer sólo se refieren al deudor, su ámbito es más extenso de lo que parece, ya que se aplican en igual medida al acreedor moroso que no realiza la actividad necesaria para que el deudor pueda satisfacer la prestación debida.

VII. DOLO

110. DISTINTAS ACEPCIONES.– El dolo tiene en derecho civil distintas acepciones: a) como *vicio de la voluntad* es el engaño que se emplea para inducir a alguien a celebrar un acto jurídico; b) en los *hechos ilícitos* designa la intención del agente de causar el daño (delito); c) en el *incumplimiento de la obligación* alude a la intención deliberada con que el deudor deja de cumplir la prestación debida.

111. CONCEPTO DE DOLO EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.– Consiste en la deliberada inejecución de la obligación, cuando el deudor puede cumplir y no quiere hacerlo.

No basta para configurar el dolo la mera conciencia del deudor de no cumplir la obligación. Se requiere que el deudor tenga la posibilidad de cumplir y no quiera hacerlo, cualquiera sea el motivo que lo lleve a obrar de esa manera.

112. NO SE REQUIERE LA INTENCIÓN DE DAÑAR.– El dolo existe aunque la intención del deudor haya sido plausible. Si *además* concurre la intención de dañar y el hecho produce un perjuicio al acreedor, nos encontraríamos frente a un delito civil, siendo de notar que no hay una disposición similar a la del art. 1107 que impida aplicar el régimen de los delitos al incumplimiento contractual.

113. EFECTOS DEL DOLO.– Según el art. 506, "el deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación". Se trata de una responsabilidad más intensa que la que incumbe al deudor que ha obrado el incumplimiento por mera culpa.

Esta mayor intensidad proviene de ser más amplio el resarcimiento a cargo del deudor doloso, que no sólo comprende "los daños e intereses que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 520) –lo que es común al resarcimiento debido por el deudor sea éste doloso o culposo– sino, también los daños que el acreedor sufriere como consecuencia mediata del incumplimiento del deudor (conf. art. 521).

114. DISPENSA DEL DOLO.– El art. 507 dispone que "el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación". Esto significa que queda prohibido, al tiempo de constituir la obligación, eximir al deudor de la responsabilidad que le pueda corresponder, ulteriormente, por el incumplimiento doloso de la obligación. Se trata de un principio de vigencia universal.

115. FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN.– Radica en dos consideraciones: a) Sería repugnante a la moral y buenas costumbres que el deudor pudiese quedar exento de responsabilidad no obstante haber obrado un comportamiento máximamente reprochable en la inejecución de la obligación. Si se admitiera tal exención de responsabilidad se insertaría como cláusula de estilo en todos los contratos y daría lugar a los mayores abusos; b) por otra parte, obligarse a algo sin sanción posible para el caso de inejecución, es lo mismo que no obligarse a nada. La situación se asemeja a la obligación asumida bajo una condición puramente potestativa por parte del deudor, que carece de valor (conf. art. 532).

116. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN.– El art. 507 prohíbe las cláusulas de exención anticipada de responsabilidad, pero no impide el acuerdo ulterior de las partes sobre un dolo ya cometido que es dable dejar sin efectos, mediante una renuncia o transacción.

Asimismo entra en la prohibición de la ley la cláusula que *limita* la responsabilidad del deudor, en el supuesto de dolo, hasta un importe determinado o una parte del daño.

117. EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN A LOS SUBORDINADOS.– No obstante que la opinión más difundida admite la exclusión anticipada de responsabilidad del deudor por el dolo de sus subordinados o representantes, que podría encontrar algún apoyo en la letra del art. 507, pensamos que no corresponde distinguir entre el deudor y sus auxiliares. Frente al acreedor el dependiente del deudor es una prolongación de la persona de éste. No parece saludable en un ambiente social en el cual cada vez con mayor frecuencia el carácter de deudor lo inviste alguien –persona de existencia visible o ideal– que llena esa función por medio de dependientes suyos que pueda aceptarse que el principal se escude contractualmente en la conducta dolosa del subordinado. Si este último pudo cumplir la obligación y no quiso hacerlo, pero manteniéndose como subordinado, parece lógicamente imposible aceptar que el deudor sea ajeno al dolo de su de-

16

pendiente, y siempre queda la sospecha de que la conducta de éste se haya ajustado en verdad, a las instrucciones recibidas. Por ello concluimos que el dolo de los subordinados tampoco es dispensable.

118. SANCIÓN QUE RECAE SOBRE LA DISPENSA DEL DOLO.– Para la opinión dominante sólo la cláusula que dispensa al deudor de su dolo es nula, pero subsiste lo demás de la obligación (nulidad parcial). Para otros autores la nulidad sería total porque habiendo asumido el deudor una obligación en condiciones prohibidas (conf. arts. 530 y 542) todo el contrato sería nulo (conf. art. 526).

Nosotros pensamos que si el deudor ha comenzado a ejecutar el contrato no puede después alegar su nulidad, pues con su conducta ha demostrado que se sujetaba a su régimen, que la ley no tolera sino expurgado de la cláusula de dispensa. En cambio, si no ha comenzado la ejecución del contrato, podría alegar la nulidad de todo el acto, ya que la nulidad parcial sólo por excepción puede funcionar en materia contractual.

119. PRUEBA DEL DOLO.– Incumbe al acreedor que alega el dolo del deudor para exigirle la consiguiente responsabilidad, y puede hacerse por todos los medios de prueba. Como se trata de la revelación de un estado de conciencia –el propósito deliberado de no cumplir la obligación–, no podrá esperarse una prueba directa de ese hecho psicológico. Pero es menester llegar a producir una convicción segura a ese respecto. Cualquier duda debe interpretarse a favor del deudor y resolverse en el sentido de la ausencia de dolo.

120. INTERÉS EN PROBAR EL DOLO.– Para el acreedor la prueba del dolo reviste importancia, pues en este caso la responsabilidad del deudor es más extensa que en el caso de culpa (conf. art. 521).

VIII. CULPA

121. NOCIÓN.– Es un comportamiento reprochable pero exento de malicia. Según el art. 512 consiste en la "...omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

122. ELEMENTOS DE LA CULPA.– Son dos y de contenido negativo:

a) En primer lugar, aparece en la actividad del agente una *omisión de diligencias apropiadas:* he ahí la razón del reproche que se le formula.

b) En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la *ausencia de mala fe o mala voluntad,* lo cual justifica que ello se compute a favor del deudor para acordarle un tratamiento más benigno.

El primer elemento de la culpa funciona contra el deudor pues origina su responsabilidad; mientras que el segundo elemento, habida cuenta del primero, funciona a favor del deudor ya que permite ubicar esa responsabilidad en un grado relativamente benigno, limitada a una cuantía definida y menor que en el caso de dolo.

123. UNIDAD Y DUALIDAD DE CULPA.– Se ha discutido en el derecho civil si la noción de culpa es única o dual.

Para la concepción clásica la culpa es una noción equívoca que engloba dos conceptos distintos: la culpa contractual y la culpa extracontractual o aquiliana. La primera consiste en un error de conducta cometido con ocasión de la ejecución de una obligación preestablecida, por lo general originada en un contrato. La segunda es un comportamiento reprochable que engendra la obligación de reparar el daño causado a un extraño, con el cual no se tenía vinculación preexistente.

Para la concepción unitaria, la culpa es una idea unívoca que se aplica con el mismo sentido en el ámbito de los contratos o de los hechos ilícitos: siempre supone la violación de una obligación preexistente, que será la concreta y precisa definida por el contrato o la genérica de obrar con diligencia y prudencia que contempla y sanciona la ley. Quienes sostienen esta asimilación de conceptos tienden a uniformar el régimen aplicable a la culpa.

A nuestro juicio la postura exacta en este problema es la que opta por una vía media: hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa. Se trata siempre de una conducta reprochable, porque se han omitido diligencias y precauciones necesarias, pero no hay malicia en el infractor.

Sin embargo, la ley establece un régimen diferente según que se haya violado una obligación *stricto sensu* (responsabilidad contractual) o bien que se haya transgredido el deber genérico de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual).

124. DIVERSIDAD DE RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA.– Estos regímenes se diferencian en:

a) *Extensión del resarcimiento.* – Es mayor en la responsabilidad extracontractual ya que comprende las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho dañoso (arts. 903 y 904), mientras que en la contractual el deudor sólo responde por las consecuencias inmediatas y necesarias de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520).

b) *Prescripción de la acción resarcitoria.* – En la responsabilidad contractual salvo disposición especial, el plazo de prescripción es de 10 años (art. 4023); en la responsabilidad extracontractual es de 2 años (art. 4037).

c) *Constitución en mora.* – Si la obligación contractual no es a plazo se requiere la interpelación previa; si la obligación deriva de un cuasidelito la mora es independiente de toda interpelación.

d) *Prueba de la culpa.* – Si se quiere hacer valer la responsabilidad extracontractual de alguien hay que comenzar por probar su culpa. En cambio si se intenta hacer efectiva la responsabilidad contractual del deudor esa prueba no es necesaria y basta con demostrar el incumplimiento material en que éste ha incurrido. Sólo cuando por la naturaleza de la obligación no es posible establecer el incumplimiento del deudor sin demostrar simultáneamente su culpa, el acreedor está precisado a suministrar la prueba de esa culpa: son las obligaciones de *medio,* por oposición a las de *resultado.*

e) *Discernimiento del responsable.* – El discernimiento para los actos ilícitos se adquiere a los 10 años; para los actos lícitos (obligación contractual) recién a los 14 años (art. 921).

f) *Ley aplicable.* – La responsabilidad contractual se rige por la ley del lugar de ejecución del contrato o bien por la del lugar de celebración; la responsabilidad extracontractual se rige por la ley del lugar de comisión del hecho.

125. CRITERIOS DE APRECIACIÓN DE LA CULPA.– Para apreciar la culpa del deudor hay que comparar la conducta practicada con la que debió realizar. Ahora bien, variará el patrón de la comparación según que se adopte un criterio abstracto o un criterio concreto y circunstancial.

Si se adopta un *criterio abstracto,* se compara la actuación del deudor con la que habría cumplido el ente de razón que se tiene como cartabón en la mente: el buen padre de familia de los romanos, o el hombre capaz que actúa con la diligencia "exigible en el tráfico", según la fórmula del Código alemán. Cuando se encuentra diferencia entre las conductas comparadas, se admite la culpa del deudor a quien entonces se le reprocha el no haber actuado como habría debido hacerlo.

Si se adopta un criterio *concreto y circunstancial* la comparación no se hace con relación a un ente de razón, sino con la propia persona del deudor, tomando en cuenta sus aptitudes y flaquezas y lo que le era exigible en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar: cuando esta comparación permite formular un reproche al deudor, él estará incurso en culpa.

No es dudosa la superioridad del criterio concreto de apreciación de la culpa que resulta más humano.

126. CLASIFICACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA CULPA. TEORÍA ROMANA DE LA PRESTACIÓN DE LA CULPA.– Los romanos efectuaron una clasificación de la culpa en grados, haciendo funcionar uno u otro grado según el interés o provecho que el contrato deparase al deudor. Distinguían la culpa grave u omisión de cuidados elementales, de la culpa leve. Esta última consistía en la omisión de la diligencia propia de un buen padre de familia (culpa leve en abstracto) o bien en la omisión de los cuidados que el deudor dispensaba a sus propios asuntos (culpa leve en concreto).

El deudor respondía siempre de su culpa grave, en cambio sólo respondía de la culpa leve si obtenía algún provecho del contrato originario, y según los casos se medía su conducta conforme el criterio abstracto o concreto.

127. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ANTIGUOS DERECHOS ESPAÑOL Y FRANCÉS.– Los glosadores agregaron a la clasificación romana, la noción de culpa levísima que era la omisión de las diligencias propias del *muy* buen padre de familia. El sistema funcionaba del siguiente modo: a) si el contrato no reportaba beneficio al deudor éste sólo respondía de la culpa grave; b) si el contrato beneficiaba a ambas partes el deudor respondía de la culpa grave y la leve; c) si el contrato sólo beneficiaba al deudor éste respondía hasta de la culpa levísima.

17

Este sistema se aplicó en la antigua legislación española (Partida 7ª; título 33, ley 11) y en el antiguo derecho francés. Todavía subsiste en los Códigos de Chile, Ecuador, Colombia y Panamá.

128. SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO.– Nuestro Código abandonó con razón las clasificaciones precedentes, y adoptó un sistema de individualización de la culpa que tiene en cuenta cada caso concreto y determina que existe culpa cuando el deudor omite "...aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 512).

El Código tiene presente: a) la naturaleza de la obligación; b) la calidad de las personas del deudor y del acreedor; c) las circunstancias de tiempo y lugar; d) la prudencia y pleno conocimiento de las cosas que puedan exigirse al deudor (art. 902).

Cuando el deudor *merezca* reproche por haber omitido diligencias que debería haber practicado para hacer factible el cumplimiento de la obligación, estará incurso en culpa; si no es así estará exento de culpa y el incumplimiento material no generará su responsabilidad.

Excepcionalmente, el Código aplica la noción de culpa leve en concreto en el contrato de sociedad, en la gestión de negocios y en el depósito (arts. 1724, 2202 y 2291); aquí el deudor no responde si ha puesto los mismos cuidados que emplea en el manejo de sus propios asuntos.

129. PROYECTOS DE REFORMA.– El Anteproyecto de Bibiloni desdobla la noción de culpa; en los hechos ilícitos aquélla se aprecia en abstracto, como omisión de los cuidados que habría empleado una persona prudente y razonable, mientras que en materia contractual reproduce el art. 512 vigente.

En cambio, tanto el Proyecto de 1936 como el Anteproyecto de 1954, unifican la noción de culpa, a la que definen en los mismos términos en que lo hace Vélez Sarsfield.

130. DERECHO COMPARADO.– a) El Código Civil francés abandona la graduación de culpas y se atiene al criterio abstracto del buen padre de familia (art. 1137), si bien la culpa es apreciada en forma más benigna en algunos supuestos especiales. Igual sistema siguen los Códigos italiano, venezolano, uruguayo y boliviano; b) El Código Civil alemán también establece el sistema abstracto, pero referido a los "cuidados requeridos en las relaciones ordinarias"; este *standard* genérico se agrava o se atenúa en

algunos casos especiales; c) El Código Civil español adopta un sistema híbrido: su art. 1104 reproduce casi a la letra a nuestro art. 512, pero agrega que cuando no está establecido en la obligación el cuidado requerido, debe emplearse el de un buen padre de familia; d) La distinción clásica de los grados de culpa se mantiene en los códigos de Chile, Colombia, Ecuador y Panamá; e) El Código Civil suizo sigue un sistema similar al de nuestro Código, que es el preferible.

131. PRUEBA DE LA CULPA. CRITERIO CLÁSICO.– ¿Deberá el acreedor que exige responsabilidad a su deudor suministrar la prueba de la culpa de éste? Esto no es necesario, porque el incumplimiento del deudor hace presumir su culpa. Lo único que debe probar el acreedor es el incumplimiento, y con ello queda acreditada la culpa del deudor. A su vez éste puede desvirtuar la presunción legal produciendo prueba en contrario, es decir, acreditando el caso fortuito que lo exime de responsabilidad.

132. FUNDAMENTOS DE LA PRESUNCIÓN DE CULPA.– Para algunos autores, la dispensa de prueba de la culpa que favorece al acreedor sería una simple aplicación de los principios del *onus probandi*, y no reflejaría presunción alguna de culpa. Simplemente correspondería al deudor incumpliente probar que de su parte no hubo culpa.

En realidad no es así. Si el deudor no cumple (primer presupuesto de responsabilidad), esto hace presumir que no adoptó las diligencias apropiadas (segundo presupuesto). La presunción de este segundo presupuesto indispensable, se basa en lo que generalmente sucede, es decir, reposa en una gran probabilidad. Sin embargo, como la certeza no puede ser absoluta, la presunción es *juris tantum*, y admite la prueba en contrario.

133. SI SUBSISTE LA PRESUNCIÓN EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIO.– Una parte de la doctrina piensa que si la obligación es de resultado, la culpa del deudor se presume, mientras que si es de medio, la culpa del deudor debe ser probada.

134. OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.– Esta clasificación, que tiene raíces ya en el Derecho Romano, ha sido plenamente formulada por Demogue, a cuyo nombre ha quedado asociada.

El tipo corriente de la obligación es el de la obligación de resultado, que consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo o efecto determinado: es el resultado que espera obtener el acree-

dor, como la entrega de la cosa vendida al comprador o el pago del alquiler por parte del inquilino.

En cambio en la obligación de medio, el deudor sólo se obliga a la realización de una actividad que normalmente conduce al resultado apetecido por el acreedor, si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto. Tal sería la obligación del médico o del abogado que se obligan a prestar su asistencia profesional pero sin garantizar el resultado, cosa que excede sus posibilidades y violaría la ética profesional asegurar.

Para Demogue y quienes le siguen, esta diversidad de obligaciones se reflejaría en un distinto régimen de prueba de la culpa del deudor: según ellos en las obligaciones de resultado al acreedor le bastaría probar el incumplimiento de modo tal que si no se da el "resultado" el deudor sólo se exoneraría de culpa probando el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio en las obligaciones de medio, el acreedor debería probar el incumplimiento y *además* la culpa del deudor que no se presumiría; así, por ejemplo, debería acreditar que el médico o el abogado actuaron con negligencia.

Por nuestra parte, si bien aprobamos la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado y aceptamos que exista un diverso régimen probatorio, pensamos sin embargo que la diferencia no es de *derecho,* sino de *hecho.*

Pensamos que siempre al acreedor le basta demostrar el incumplimiento del deudor y que frente a este incumplimiento la ley presume la culpa del obligado. Lo que ocurre, es que en las obligaciones de resultado puede escindirse el incumplimiento de la culpa; en cambio en las obligaciones de medio el *incumplimiento consiste en la culpa del deudor,* esto es, en la omisión de las diligencias debidas que es a lo único a que él se obligó; por lo tanto en este caso especial para demostrar el incumplimiento es forzoso demostrar la culpa. Es una imposición de los hechos y no una exigencia del régimen jurídico.

135. NO HAY DEROGACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE CULPA.– En suma, en las obligaciones de medio, no hay manera de establecer el incumplimiento sino mediante la prueba de la culpa. De ahí que en esta hipótesis no haya necesidad de recurrir a la presunción de culpa, por la simple razón, *de hecho y no de derecho,* de que esta culpa está efectivamente demostrada.

136. DISPENSA DE LA CULPA– No hay impedimento alguno para que ya producida la inejecución de la obligación, puedan acreedor y deudor convenir en que ello no será fuente de responsabilidad para el obligado. Se trata de la renuncia de un interés patrimonial que la ley autoriza (arts. 19 y 872). En cambio, se plantea un problema cuando la dispensa está inserta en el mismo acto constitutivo de la obligación, o se pacta con anterioridad a la inejecución de la obligación. La dispensa puede ser total o bien parcial; en este último caso la responsabilidad del deudor se limita a determinados daños.

Desde luego, se comprende que la dispensa parcial puede ser útil para ambas partes; para el deudor porque le permite encarar un negocio azaroso sin exponerse a una responsabilidad desmesurada; para el acreedor porque obtendrá en este caso un abaratamiento de su propia contraprestación.

En Francia se admite la exoneración de responsabilidad sólo por culpa leve; se invierte aquí el régimen de la prueba: no se presume la culpa, sino que el acreedor debe probarla; pero si lo hace, el deudor *responde.*

Entre nosotros se admite la validez de estos pactos, y se arguye que no se da respecto de la dispensa de la culpa la prohibición que para el dolo establece el art. 507.

Por nuestra parte, pensamos que debe distinguirse entre dispensa total y dispensa parcial de la culpa.

137. DISPENSA PARCIAL DE LA CULPA: CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD.– A este respecto no hay objeción alguna para admitir su validez. La limitación puede consistir en excluir la responsabilidad del deudor en *ciertos casos determinados,* por ejemplo, incendio de la cosa transportada aunque mediare culpa del deudor, que se transforman por la convención de las partes en supuestos de caso fortuito.

La limitación puede consistir también en que el deudor responda sólo hasta la concurrencia de *cierta suma.*

Estas cláusulas son válidas a condición de que no se excluya en forma total la responsabilidad del deudor que ha incurrido en culpa.

138. DISPENSA TOTAL DE CULPA: CLÁUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD.– Entendemos que estas cláusulas no son válidas por atentar sustancialmente al bien común y ser reveladoras de una disparidad de la situación de las partes que no resulta tolerable.

Se atenta al bien común, porque se estimula la desidia del deudor que sabe que ninguna consecuencia resultará de su culpa y que con su descui-

do determinará el deterioro o destrucción de bienes valiosos para la comunidad.

Por otra parte, si el acreedor acepta un vínculo tan debilitado ello sólo está mostrando la imposición del contratante más fuerte que ha decidido dictar al otro las condiciones de un verdadero contrato de adhesión.

Tales cláusulas son contrarias a la moral y las buenas costumbres, y por ello el contrato que las contiene es nulo en función de lo dispuesto por el art. 953. Con todo, si el contrato ha tenido principio de ejecución, ello demostraría que el deudor ha renunciado a la cláusula viciada, y entonces el contrato, expurgado de su vicio, sería válido.

139. PROHIBICIÓN LEGAL DE LA DISPENSA DE RESPONSABILIDAD.– Sin perjuicio de los principios generales estudiados precedentemente, hay hipótesis particulares en que la ley prohíbe que se exima o limite la responsabilidad del deudor. Esto ocurre en los siguientes casos: a) pactos excluyentes de la garantía de evicción (art. 2102); b) responsabilidad de los hoteleros (art. 2232); c) responsabilidad de los transportistas (arts. 162 y 204, Cód. Com.), salvo que se trate de cosas sujetas por su naturaleza a merma de peso o medida, en cuyo caso puede limitarse la responsabilidad (art. 174, Cód. Com.); d) responsabilidades impuestas por leyes de orden público, por ejemplo, accidentes de trabajo, leyes 9688; 23.643 y 24.028; indemnizaciones por despido, leyes 20.744 y 21.297.

140. CULPA CONCURRENTE.– Existe culpa concurrente cuando tanto el deudor como el acreedor son culpables del incumplimiento de la obligación o de la magnitud del daño de cuyo resarcimiento se trata.

Cuando acreedor y deudor son culpables de la *magnitud* del daño causado, no se presentan dificultades. El deudor sólo responde de la parte del daño causado por su culpa, pero no de la porción de éste que se debe a la culpa del acreedor. Si la culpa del deudor originó un daño X, y la del acreedor un daño N, el deudor sólo responde del daño X pero no de X + N.

Más difícil es el problema cuando un *daño global* que sufre el acreedor se origina en una culpa conjunta de deudor y acreedor. Una parte de la doctrina entiende que en este último caso el acreedor no tiene derecho a indemnización alguna, mientras que otro sector doctrinario regula la responsabilidad en función de distintos criterios.

Para nosotros, corresponde que la imputación del daño se haga en la medida de la gravitación de cada conducta culposa en la producción del daño total. Si la discriminación no es posible, la proporción de responsa-

bilidad del deudor debe fijarse en la *medida* de la gravedad de su culpa en comparación con la del acreedor (art. 902). Y si en ello no hay diferencia corresponde indemnizar la mitad del daño.

141. CULPA DE LOS REPRESENTANTES Y DEPENDIENTES O SUBORDINADOS.– Hasta ahora hemos considerado la responsabilidad del deudor que actúa personalmente. ¿Subsiste la responsabilidad cuando el incumplimiento se debe a la culpa de representantes o dependientes del deudor? Aunque el Código Civil sólo se refiere a supuestos especiales en los que responsabiliza al deudor por la culpa de representantes o dependientes (arts. 1561, 1631, 2230), se admite sin discrepancias, como principio general, que la responsabilidad del deudor subsiste en la hipótesis que analizamos.

a) Tratándose de *representantes legales o convencionales,* todo lo que éstos realicen en el campo de los *actos lícitos* beneficia o perjudica al deudor, ya que han actuado por cuenta suya.

No ocurre lo mismo cuando se trata de *hechos ilícitos:* la representación sólo puede funcionar respecto de los actos lícitos. Es verdad que el representado puede verse obligado a responder de los actos ilícitos de sus representantes, pero cuando ello ocurre no responde como *representado,* sino como *principal,* según las reglas que analizaremos oportunamente (ver *infra,* nº 1474).

b) Si se trata de *dependientes* del deudor éste también responde de la culpa de aquéllos. Sea la obligación de medio o de resultado, el deudor compromete su responsabilidad si encomendó el cumplimiento a dependientes no idóneos para el fin propuesto.

c) El deudor dispone de una acción de regreso contra sus representantes o dependientes, para resarcirse de las indemnizaciones que haya debido pagar al acreedor por culpa de ellos.

d) Por su parte, el acreedor dispone de una acción concurrente contra los representantes o dependientes del deudor que han incurrido en culpa; pero su acción no es de naturaleza contractual, sino extracontractual, y para que el acreedor pueda ejercerla deben darse todos los elementos constitutivos de los actos ilícitos (ver *infra,* nº 1309).

142. CULPA PRECONTRACTUAL Y CULPA *IN CONTRAHENDO.*– La culpa que analizamos hasta aquí, supone la existencia de un contrato válido entre el

acreedor y el deudor. Ahora aludimos a situaciones marginales que no se tiene la seguridad de que entren en el marco de un contrato.

La culpa *in contrahendo* es un concepto acuñado por Ihering, que alude a la omisión de diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento de un contrato en vías de formación.

Hay, en ese comportamiento un abuso de la libertad de no contratar, que es una especie del género abuso del derecho. Aunque los negociadores no estén unidos todavía por un contrato y tengan el derecho de poner fin a las tratativas, deben actuar con lealtad y buena fe; nadie está obligado a contratar, pero sí a impedir que la propia conducta irregular cause el daño ajeno.

Aunque algunos autores distinguen la culpa precontractual de la culpa *in contrahendo*, la distinción no se justifica. En efecto, si bien aquélla se produciría en el período previo de los trámites preparatorios con anterioridad a una oferta concreta después de lo cual ya sería culpa *in contrahendo*, en ambos casos se trata de la violación del deber general de obrar con diligencia y prudencia a fin de evitar el mal ajeno.

Esto precisa la naturaleza de la responsabilidad que estudiamos. No se trata de responsabilidad contractual porque aún no hay contrato formado. La responsabilidad que analizamos es extracontractual o aquiliana, y la obligación de indemnizar existe porque se dan todos los elementos constitutivos del hecho ilícito: 1) hay un hecho reprobado por la ley, que no permite que se cause daño a otro; 2) hay daño; 3) hay relación de causalidad material entre el hecho y el daño, y 4) hay una relación de causalidad moral o imputabilidad entre el agente y el hecho obrado.

El responsable debe resarcir el *interés negativo* del acreedor. Debe reintegrar al acreedor los gastos efectuados (daño emergente), como asimismo compensarle la pérdida de la probabilidad (chance) de ganancia (lucro cesante), que habría podido concretar si hubiese encarado otro negocio, lo que dejó de lado con motivo del que estaba pendiente de conclusión y que se frustró.

Pero queda fuera de la cuestión para medir la cuantía de la reparación, la ulterior valorización de los bienes comprendidos en el contrato frustrado por la culpa del responsable, ya que ello integra el *interés positivo* del acreedor, que en este supuesto no es resarcible. Para que lo fuera habría que estar en presencia de un medio jurídico –el contrato faltante– idóneo para operar la transmisión del bien que deseara computarse.

143. APLICACIONES LEGALES.– Aun cuando el desarrollo de la teoría de la culpa *in contrahendo* es posterior a nuestro Código Civil, éste ha consagrado claras aplicaciones del principio; lo propio ha hecho la jurisprudencia de nuestros tribunales.

a) El Código Civil computa varios supuestos de culpa *in contrahendo*: la retractación injusta de la oferta (art. 1156) o de su aceptación (art. 1155); la venta de cosas inexistentes al tiempo de formarse el acto (art. 1328); la venta de cosa total o parcialmente ajena (arts. 1329 y 1330); el contrato celebrado por el *falsus procurator* no ratificado por el interesado (arts. 1161 y 1163); el contrato inválido por error obstativo, etcétera.

b) La jurisprudencia también ha aplicado la noción de culpa *in contrahendo* en el caso de boletos provisorios de compraventa; en la ruptura de tratativas contractuales avanzadas y también en el requerimiento de trabajos de ensayo que no cristalizan en la concreción del negocio.

144. QUID DE UN TIPO DE RESPONSABILIDAD EXENTO DE CULPA O DOLO. ¿EXISTE UN TIPO DE RESPONSABILIDAD DISTINTO DEL DOLO O LA CULPA?– Si bien desde el punto de vista *moral*, el dolo y la culpa agotan los motivos de censura de la conducta del deudor, luego de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 1113 del Código Civil, no puede decirse lo mismo desde el punto de vista *legal*. Contrariando el sistema de Vélez, la ley admite ahora que pueda considerarse responsable a una persona exenta de todo reproche, en ciertos supuestos.

IX. RIESGO CREADO

145. IDEA DEL RIESGO EN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD.– El riesgo aparece en la teoría de la responsabilidad a raíz de que frente al aumento de los accidentes ocasionados principalmente por el maquinismo y los automotores, se piensa que las reglas clásicas de la responsabilidad no brindan suficiente protección a las víctimas de esos accidentes. Se llega entonces a pensar que el dueño de la cosa que ha causado el daño, a la par que obtiene el provecho derivado de la cosa, crea con su uso un riesgo que se transforma en causa de responsabilidad cada vez que la cosa produce un daño.

146. EVOLUCION HISTÓRICA.– En el derecho primitivo las transgresiones al derecho ajeno eran sancionadas con penas, no con indemnizacio-

19

nes. Estas últimas aparecen con posterioridad y presentan en el derecho que puede denominarse clásico, la característica de ajustarse al daño sufrido por el acreedor y de tener su fundamento moral en el reproche que a título de dolo o de culpa se le hace al deudor. Si bien el legislador ayuda a veces a la víctima con presunciones de culpa, algunas de las cuales no admiten prueba en contrario, no por ello se deja de lado la regla moral básica.

Esta concepción que ha ostentado el doble mérito de ajustarse a la moral y a la sana lógica, fue quebrada por obra de la jurisprudencia francesa, que introdujo en el régimen de la responsabilidad la teoría del riesgo. Preocupados los jueces por el aumento de accidentes derivados primero del maquinismo y luego de la utilización de vehículos automotores, pensaron que la regla de la culpa era insuficiente. Mirando sólo a la víctima, llegaron a la conclusión de que para condenar a la reparación de un daño, no es necesaria la culpa del agente. Basta que éste con su actividad cree un riesgo, y claro está que siempre se considerará riesgosa la actuación del agente si de ella ha resultado un daño.

147. Accidentes industriales y transportes mecánicos.– La ley francesa de accidentes de trabajo de 1898 consagra la teoría del riesgo en un sector específico y delimitado del derecho: se piensa que dentro de las obligaciones del empleador entra la de asegurar la integridad física de sus dependientes, prescindiendo por completo de que aquél no sea culpable de los accidentes que la menoscaban. Esta recepción legislativa habituó a los espíritus a la idea del riesgo que la jurisprudencia francesa aplicó luego a los accidentes causados por transportes mecánicos. Se distorsionó tanto la idea clásica de la responsabilidad, que en 1936 los tribunales franceses llegaron a condenar al propietario de un automóvil a pagar los daños causados por el ladrón que lo había robado.

148. Responsabilidad objetiva.– Lo expuesto anteriormente *explica pero no justifica* que se termine por hablar de responsabilidad objetiva; es decir, de una forma de responsabilidad que atiende sólo al elemento *objetivo* del daño, y prescinde por completo del aspecto *subjetivo:* la culpa del agente.

149. Reacción doctrinaria.– La doctrina moderna desaprueba la teoría del riesgo que implica un análisis superficial y sentimental del problema. La regla según la cual el que causa un daño por su culpa debe repa-

rarlo, es una regla eficaz. Como dicen Ripert y Boulanger, al amenazar al culpable con la reparación le obliga a seguir la ley moral. Por otra parte, los hechos presentan habitualmente una gran complejidad, por lo que, si sólo se atiende a las causas materiales, es a menudo imposible determinar cuál de las concausas ha sido decisiva para la producción del daño. Por ello la doctrina moderna considera que aunque el legislador establezca en ciertos sectores responsabilidades muy especiales ajenas a la culpa, es imposible no mantener como regla general la responsabilidad basada en la culpa.

150. Tentativa de soluciones intermedias.– Numerosas legislaciones recogen esta sensata proposición de la doctrina actual y establecen como regla general la responsabilidad fundada en la culpa, sin perjuicio de aceptar responsabilidades especiales en sectores determinados. Cuando ocurre esto último, es muy frecuente que la responsabilidad no basada en la culpa sino en otras consideraciones, esté sujeta a un máximum legal que no puede ultrapasarse. Si el damnificado pretende una mayor indemnización, debe probar la culpa del agente.

151. El Código de Vélez.– El Código de Vélez basó el fundamento de la responsabilidad en la idea de culpa, que es el eje del sistema legal. El art. 1067 establece en materia de hechos ilícitos que: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

152. Ley 17.711.– Esta ley ha distorsionado el sistema del Código. La reforma introducida al art. 1113, según explicamos *infra* (núms. 1506 y 1509) consagra la teoría del riesgo no para casos específicos, delimitados y tarifados, sino en forma genérica y sin tope alguno, lo que desquicia el sistema sabiamente construido por Vélez, cuyos principios comparte la doctrina más acreditada de los tiempos actuales.

153. La indemnización de equidad.– El legislador puede, por razones de equidad, autorizar al juez a fijar una compensación que no se funda en una culpa del agente. Tal ocurre con el agregado introducido al art. 907 por la ley 17.711, con respecto al daño causado por los hechos involuntarios. No se trata aquí de una "responsabilidad", que por hipótesis no puede presentarse cuando el acto es involuntario, sino de una suerte de indemni-

zación que cae en la prudencia y discreción del juez, que se funda en puras razones de equidad, y que difiere por completo de una indemnización común de daños y perjuicios (sobre el tema ver: Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General,* T. II, núms. 1424 bis-1424 quater).

X. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

154. SUPUESTO DE INIMPUTABILIDAD.– Hasta ahora hemos examinado el incumplimiento del deudor que sea *imputable* a éste –imputabilidad de primer grado (actividad voluntaria) y de segundo grado (culpabilidad). Pero puede ocurrir que tal incumplimiento le sea impuesto al deudor por un hecho ajeno a él: es lo que en derecho se denomina *caso fortuito o fuerza mayor.* En esa hipótesis quedará configurado un supuesto de *inimputabilidad* y consiguientemente estará fuera de cuestión la responsabilidad del deudor por las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación. Es que entonces falla la razón de ser de tal responsabilidad, porque a causa del hecho que ha impuesto la inejecución de la obligación, el deudor no es el autor moral del incumplimiento obrado y por tanto, no puede serle "atribuido" para requerirle el resarcimiento del daño consiguiente.

155. NOCIÓN LEGAL DEL CASO FORTUITO.– El art. 514 dice que "caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse". Con ello indica el codificador como datos esenciales del evento que es dable configurar como caso fortuito, su imprevisibilidad y su inevitabilidad.

En cambio, el Código no define la fuerza mayor, si bien la menciona ya sea asociada al caso fortuito, ya en forma autónoma, lo cual hace necesario considerar ambas nociones.

156. DISTINCIÓN CONCEPTUAL Y ASIMILACIÓN LEGAL.– Desde el punto de vista gramatical, las expresiones "caso fortuito" y "fuerza mayor" responden a ideas distintas. Lo "fortuito" es lo que proviene del azar, o casualidad, que es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y cuyas causas se ignoran. En cambio la "fuerza mayor" alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar.

Si bien en el antiguo derecho se distinguían en la práctica ambas nociones (caso fortuito: hechos naturales; fuerza mayor: hechos humanos),

el derecho y la doctrina modernos tienden a asimilar ambas nociones, pues su efecto es idéntico: eximir de responsabilidad al deudor. El fino sentido jurídico de Vélez lo inclinó a adoptar este criterio de equiparación, que resulta claramente de los arts. 1517 y 1570.

En suma, la ley no hace diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor, pudiendo definirse como el hecho imprevisible e inevitable, ajeno al deudor, que impide absolutamente el cumplimiento de la obligación.

157. EXTENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS A LA SITUACIÓN DEL ACREEDOR MOROSO.– Aun cuando las causas de inimputabilidad sólo se examinan en función de la posible responsabilidad del deudor, su campo de aplicación es más amplio y cubre también la situación del acreedor moroso. Por tanto la responsabilidad de éste por los daños experimentados por el deudor queda exceptuada, si la mora del acreedor ha sido impuesta por un caso fortuito o fuerza mayor.

158. CARACTERES CONSTITUTIVOS DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.– De la definición que hemos dado surgen los elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor que analizamos en los números siguientes:

159. a) HECHO IMPREVISIBLE.– Esta calidad se refiere a la aptitud del deudor para prever el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación. Será *imprevisible* el hecho cuando supere la aptitud normal de previsión que sea dable exigirle al deudor. Por lo demás la capacidad humana de previsión es limitada, y en cada caso debe exigirse en función de la naturaleza de la obligación y de las condiciones personales del deudor. No se trata de imponer a éste un deber ilimitado de prever, ni de pedirle una dosis adivinatoria de lo que podría acontecer. Pero para que el deudor quede exento de responsabilidad será menester que de su parte haya actuado empleando todas las precauciones ordinarias, pues si así no fuera habría culpa de su parte.

160. b) HECHO INEVITABLE.– Esta característica se refiere a la impotencia del hombre para impedir la ocurrencia del evento. Por tanto, el hecho es inevitable cuando acaece no obstante toda acción contraria del deudor.

Como decíamos del carácter precedente, también la inevitabilidad del hecho es una noción relativa, que depende de las condiciones personales del deudor: lo que es ineludible para éste puede no serlo para este otro.

20

Lo que importa es que tal deudor, sin culpa de su parte y enclavado en la circunstancia que le sea propia, haya sido impotente para evitar el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación.

161. c) HECHO AJENO AL DEUDOR.– No hay caso fortuito si el hecho que obsta al incumplimiento se relaciona con la persona del deudor, ya que habría culpa y no caso fortuito si el deudor crease con su propia actividad el hecho obstativo del cumplimiento de la obligación.

Por lo demás, la exterioridad del hecho que se contempla es con relación a la actividad consciente del deudor, quedando excluida su actividad instintiva o fisiológica (conf. art. 900). Así, hay caso fortuito si el incumplimiento se debe a una enfermedad involuntariamente contraída por el deudor.

162. d) HECHO ACTUAL.– El hecho que configura el caso fortuito debe ser actual, es decir, que debe ocurrir al tiempo en que debería cumplirse la obligación.

Por tanto, no excusa al deudor el obstáculo potencial, es decir, el que no existe más que en el estado de simple posibilidad: es sólo un peligro, una eventualidad que no se traduce en impedimento de la ejecución del deudor. Este debe cumplir y no tiene excusa, aunque por razón de ese riesgo el cumplimiento se torne más oneroso.

163. e) HECHO SOBREVINIENTE A LA CONSTITUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.– El impedimento de la ejecución de la obligación ha de acontecer con *posterioridad* a la constitución de la obligación. Si existía ya en ese momento y el deudor no lo conocía, la obligación no ha llegado a formarse por imposibilidad de su objeto. Si el deudor conocía el impedimento y a pesar de ello se obligó, hay culpa de su parte en especular con la desaparición del impedimento y no puede entonces invocar el caso fortuito. También podría pensarse que en este último caso hay un pacto tácito de asunción del caso fortuito que, como veremos (*infra* nº 178), excluye la posibilidad de alegar el *casus* como eximente de responsabilidad.

164. f) OBSTÁCULO INSUPERABLE PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.– Si ya no se mira al hecho, en sí mismo considerado, sino a su incidencia en la inejecución de la obligación, el caso fortuito, para ser tal, aparece como un *obstáculo absoluto* que impide el cumplimiento del deudor.

La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor: es necesario que se configure una verdadera imposibilidad. Así, la excesiva onerosidad del pago no constituye un caso fortuito, pero puede dar lugar a la rescisión del contrato originario de la obligación que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor, por la vía de la teoría de la imprevisión (ver *infra,* núms. 182 y sigs.).

La imposibilidad de cumplir puede ser definitiva o temporaria. En el primer caso el deudor queda liberado. En el segundo, el deudor sólo se exime de los daños y perjuicios moratorios y debe cumplir la obligación, cesado que sea el obstáculo.

165. IMPOSIBILIDAD MORAL.– No es necesario que el impedimento consista en un obstáculo de orden material. Según han tenido oportunidad de resolverlo la doctrina y la jurisprudencia francesas con motivo de la guerra mundial de 1914, una genuina imposibilidad moral que inhibe al deudor para obrar basta para configurar el *casus*.

166. IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA E IMPOSIBILIDAD RELATIVA.– La *imposibilidad absoluta* de cumplimiento es la que afecta a cualquier persona, mientras que la *imposibilidad relativa* se refiere a hechos que impiden el cumplimiento de un determinado deudor pero que no hubieran afectado a otros.

Si bien la generalidad de la doctrina entiende que la imposibilidad relativa no es suficiente para dispensar de responsabilidad al deudor, nosotros pensamos, por el contrario, que si el deudor, sin culpa, se ve imposibilitado de cumplir la obligación, queda liberado, siempre que el hecho reúna todas las características del caso fortuito, sin que deba tenerse en cuenta que otros hubieran podido sobreponerse exitosamente al obstáculo.

Nos parece que esta comprensión relativa del *casus* es la única que se concilia con el criterio subjetivo que acerca de la culpa establece el Código.

167. DIVERSOS CASOS: JURISPRUDENCIA.– Corresponde ahora examinar la aplicación jurisprudencial de los principios que acabamos de examinar:

168. FUERZAS NATURALES.– Los fenómenos de la naturaleza constituyen caso fortuito sólo cuando son *extraordinarios* y por su intensidad salen del orden común. Pero no debe olvidarse que es *ordinario* que

períodicamente los fenómenos naturales (lluvia, vientos, inundaciones) aumenten su intensidad sin que por ello puedan considerarse inevitables o imprevisibles.

169. HECHO DEL PRÍNCIPE: ACTO DE AUTORIDAD PÚBLICA.– Se entiende por tal el acto emanado de cualquier autoridad pública que impide el cumplimiento de la obligación.

Aunque el acto sea ilegítimo, el deudor queda liberado si no estaba en sus posibilidades resistirlo. Las resoluciones judiciales no entran, salvo supuestos excepcionales, en esta categoría, pues en general no son extrañas al deudor, ni éste podría considerarlas imprevisibles, puesto que son consecuencia de actos anteriores del obligado.

170. GUERRA.– La sola demostración de la existencia del estado de guerra no exime de responsabilidad al deudor, si éste no demuestra que concurren en el caso concreto todos los elementos de la fuerza mayor. Así, si la guerra ha sido contemporánea con la formación de la obligación, no podría el deudor alegar que para él sus consecuencias eran imprevisibles. Lo expuesto se aplica igualmente a las revoluciones.

171. HUELGA.– En principio la huelga no es un caso fortuito, pero puede llegar a serlo cuando reúna todos los caracteres de tal, es decir cuando cierra al deudor toda perspectiva de cumplimiento. Sólo la huelga ilegal puede constituir caso fortuito; la huelga declarada legal prueba que la actitud de resistencia del empleador ha sido irrazonable, y no puede servir para eximirlo de responsabilidad frente a los terceros con quienes hubiera contratado. Ha de tenerse presente sin embargo que la calificación administrativa no es obligatoria para el Poder Judicial, que tiene la facultad de apreciar según su propio criterio el carácter legítimo o ilegítimo de la huelga: lo que no puede hacer el juez es prescindir de la calificación administrativa, como si ésta no existiera.

172. HECHO DE TERCERO.– Es el acto emanado de una persona extraña al deudor, que constituye un caso fortuito o fuerza mayor si reúne los requisitos ya estudiados. Va de suyo que si el hecho proviene de una persona por la cual deba responder el deudor, no puede configurarse el caso fortuito.

Entre los supuestos que han sido considerados casos fortuitos por la doctrina y la jurisprudencia, cabe señalar: el robo, los atentados criminales, el accidente que sufre el deudor cuando viaja en un vehículo de transporte público, sin que promedie culpa del deudor o del conductor, y en general aquellos accidentes en los que tanto el deudor como el autor material del hecho son meros instrumentos pasivos de un hecho realizado por un tercero en quien radica, en verdad, la causa del daño.

173. INCENDIO.– La abundante jurisprudencia sobre el incendio, invocado como caso fortuito, requiere naturalmente que éste presente todos los elementos constitutivos del *casus*. En general el incendio no constituye caso fortuito si la prueba demuestra que era en alguna medida previsible, según las circunstancias del caso. Por ello no debe sorprender que según esas mismas circunstancias, se haya decidido en algunos casos que la combustión espontánea de mercaderías resulte caso fortuito mientras que en otro se ha resuelto lo contrario.

La singularidad del incendio como caso fortuito radica en el régimen de la prueba al que nos referimos en el número 175.

174. ENFERMEDAD.– La enfermedad del deudor que le impide cumplir, es un caso fortuito si la prestación sólo puede ser satisfecha por él, pero no si puede ser substituido por otra persona, a menos que por la dolencia estuviera privado de discernimiento y por ello no pudiera delegar en otro el cometido que le incumbe.

175. PRUEBA DEL CASO FORTUITO.– Incumbe al deudor que aduce el caso fortuito eximente de su responsabilidad, probar la existencia de ese hecho y que reúne todos los caracteres del *casus*. Si admitido el *casus* el acreedor persiste en la pretensión originaria debe suministrar la prueba del hecho que mantiene en tal hipótesis la discutida responsabilidad del deudor, por ejemplo, su mora anterior al caso fortuito.

El deudor no está obligado a probar los hechos notorios pero sí la relación impeditiva que media entre esos hechos y la posibilidad de ejecutar la obligación. Así, el deudor tendrá que demostrar *por qué* tal guerra o terremoto, que en sí no requiere prueba, le han impedido satisfacer la prestación debida.

Con respecto al contrato de locación, el art. 1572 del Código Civil considera el incendio de la cosa arrendada como caso fortuito, a menos que el locador o el que fuere perjudicado pruebe que ha habido culpa del locatario o de las personas vinculadas a él (tales como agentes, dependientes, huéspedes, etc.).

21

Se invierte aquí el régimen de la prueba, pues al locatario le basta probar el incendio sin que necesite probar que éste reúne los requisitos del caso fortuito.

Se trata de una excepción carente de fundamento y por ello ha sido duramente criticada por la doctrina. Es de lamentar que la ley 17.711 no haya eliminado esta disposición anómala como lo hicieron el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954.

En caso de duda sobre las características del caso fortuito debe mantenerse la responsabilidad del deudor, a menos que exista un pacto especial de exención de responsabilidad por todo caso fortuito o por determinados casos fortuitos. Tales pactos no carecen de sentido: cuando existen invierten la regla de modo tal que el hecho dudoso (y el caso fortuito se presenta a menudo bajo forma de hechos dudosos) será considerado como *casus*. En suma: mediando pacto de exención la duda se resuelve en favor de la liberación del deudor.

176. EFECTOS DEL CASO FORTUITO. PRINCIPIO GENERAL Y EXCEPCIONES.– Según el art. 513 del Cód. Civil el caso fortuito exime de responsabilidad al deudor por los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación provocara al acreedor. El principio es de toda justicia puesto que el incumplimiento no puede ser imputado al deudor por cuanto no es el autor moral de esa falta de ejecución de la prestación. Por tanto, no hay razón suficiente para que se le haga pasible de la sanción resarcitoria de los daños sufridos por el acreedor.

La inejecución que aquí se contempla puede ser definitiva o provisional; total o parcial.

Por su propio carácter el caso fortuito temporario sólo exime al deudor de la reparación del daño moratorio pero no extingue la obligación. En cambio el caso fortuito definitivo disuelve la obligación por imposibilidad de pago.

Si la inejecución es parcial, la liberación del deudor no excede esa misma proporción. Sin embargo el acreedor conserva el derecho de disolver la obligación si no le interesa recibir un pago disminuido.

177. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRESPONSABILIDAD.– El art. 513 del Código Civil, dice en su parte final: "...a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora que no fue-

se motivada por caso fortuito o fuerza mayor". Analizaremos a continuación las excepciones que resultan de la norma transcripta.

178. PRIMERA EXCEPCIÓN: CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD Y PACTO DE GARANTÍA.– La convención de las partes puede alterar el régimen legal y poner a cargo del deudor las consecuencias del caso fortuito. Esto satisface los intereses de ambas partes: los del deudor porque a cambio de su mayor responsabilidad obtendrá, seguramente, una mayor contraprestación; los del acreedor porque queda más eficazmente protegido frente a los riesgos del incumplimiento.

La asunción del caso fortuito puede hacerse de dos maneras:

a) *Incluyendo en la convención una cláusula de responsabilidad por ciertos y determinados casos fortuitos.* En este supuesto la interpretación de los hechos comprendidos en la cláusula es estricta y la duda se resuelve en favor del deudor. Si el hecho se presenta dudoso, ha de entenderse que no está comprendido en aquella cláusula y que constituye un *casus* que exime de responsabilidad al deudor.

b) *Acompañando a la constitución de la obligación un pacto de garantía.* Aquí mediante un convenio especial, que implica un contrato accesorio de seguro, el deudor se obliga a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que éste sufra si el cumplimiento de la obligación no tiene lugar.

En uno u otro caso el pacto debe ser expreso y queda descartada la posibilidad de una manifestación tácita de voluntad.

179. SEGUNDA EXCEPCIÓN: *CASUS DOLO VEL CULPA DETERMINATUS.*– La responsabilidad del deudor subsiste cuando el incumplimiento proviene de un caso fortuito "ocurrido por su culpa". En realidad se trata de una excepción impropia, pues el incumplimiento proviene del hecho del deudor; no se justifica que el Código lo señale expresamente porque, en verdad, no se trata de un caso fortuito.

180. CONJUNCIÓN DE CULPA Y *CASUS.*– Una cuestión que tiene afinidad con la precedente se plantea cuando en el incumplimiento del deudor se conjuga su culpa con un caso fortuito. La sola culpa del deudor no habría sido suficiente para impedirle cumplir si no hubiera acontecido el caso fortuito; y a su vez éste no hubiera sido un obstáculo por sí solo, si no hubiese mediado la culpa del obligado.

Para algunos autores esa cuestión debe decidirse en función de la culpa que absorbe al caso fortuito: el deudor responde por todo el daño que en la especie ha sufrido el acreedor.

Para otra opinión, que nos parece preferible, hay que graduar la responsabilidad atribuyendo al deudor la que resulta proporcionalmente de su culpa. Pero si no es posible discriminar en cuanto a la influencia causal de uno y otro factor, entendemos que el deudor es responsable por la mitad del daño resarcible sufrido por el acreedor.

181. TERCERA EXCEPCIÓN: CASO FORTUITO POSTERIOR A LA MORA.– Según el art. 513 el caso fortuito no exime de responsabilidad al deudor cuando éste hubiese sido ya constituido en mora que no fuera motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

Es necesario recordar que luego de la ley 17.711 (art. 509), el deudor puede caer en mora aunque no haya mediado la interpelación del acreedor, por el solo vencimiento del plazo de cumplimiento. Como la situación del deudor de una obligación a plazo se ha hecho ahora más rigurosa, deberá tenerse especialmente presente que el deudor no es responsable si su mora es irrelevante, esto es, cuando con o sin ella el daño igualmente se hubiese producido (art. 892), a menos que se trate de un poseedor vicioso de la cosa (art. 2436).

XI. TEORIA DE LA IMPREVISION

182. NOCIÓN.– Se vincula con la teoría del caso fortuito, que hemos estudiado precedentemente, la *teoría de la imprevisión* que enfrenta hechos que por su índole son idénticos a los constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor. Sólo difieren en que mientras éstos impiden absolutamente el cumplimiento de la obligación, aquellos otros no lo impiden pero hacen a la ejecución debida, excesivamente onerosa para el deudor.

Cabe preguntarse si frente a un hecho imprevisible e inevitable que no impide absolutamente el cumplimiento del deudor pero lo torna desmesuradamente oneroso, todavía subsiste el derecho del acreedor de atenerse a los términos originarios de la obligación, sin concesión alguna.

Si se concibe el derecho como un *orden social justo,* parece evidente que el juez y el legislador deben contemplar en alguna medida esta situación especial para resolverla de una manera que sea justa por igual para *ambos sujetos* de la obligación.

183. ORIGEN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– La idea que nutre la teoría de la imprevisión, aunque nueva en su formulación por la ciencia jurídica moderna, tiene antiguas raíces.

Ya fue insinuada por los jurisconsultos romanos que la entrevieron en algunas soluciones particulares. Pero, sobre todo, es en la obra de los canonistas donde puede advertirse que la incipiente teoría cobra cuerpo, a través de las Decretales de Graciano, de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, y de la enseñanza de Bartolomeo de Brescia.

Los *glosadores* en cambio, no se ocuparon de esta materia que sí suscitó la atención de los *post-glosadores,* con Bartolo a la cabeza, quien sostiene que en todos los casos de renuncias ha de presumirse la cláusula *rebus sic stantibus*, frase apocopada de la siguiente máxima, corriente en las convenciones de los concilios de la época: *contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur.*

Los grandes jurisconsultos clásicos franceses, como Cujas, Domat y Pothier no contemplaron el problema, lo que explica que tampoco lo hiciera el Código Napoleón. En cambio la jurisprudencia italiana de fines del siglo XVI y comienzos del XVII, especialmente en los comentarios del cardenal De Luca, a las sentencias del Tribunal de la Rota, desenvuelven la teoría con toda precisión.

En el pensamiento germánico. Grocio y Puffendorf entre otros, dedican su atención a esta teoría, que luego en el siglo XIX, por influencia del pensamiento individualista liberal, parece perder el favor de la doctrina. Hacia fines del siglo XIX, especialmente por obra de Windscheid, la doctrina vuelve a prestar su atención a la teoría de la imprevisión, que en el siglo XX llega a una formulación que puede considerarse definitiva.

184. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN NUESTRO DERECHO.– Ya antes de la sanción de la ley 17.711 la mayoría de nuestros autores habían llegado a la conclusión de que la teoría de la imprevisión está ínsita en la entraña misma del derecho. Así quedó acreditado en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1961, que se pronunció por la vigencia en el régimen del Código de la teoría de la imprevisión, con sólo escasos votos adversos.

185. FUNDAMENTO DE LA TEORÍA.– Acerca del fundamento o razón de ser de esta teoría se han emitido distintas opiniones. Señalaremos las más importantes.

22

a) *Teoría de la presuposición.* – Para Windscheid hay siempre expectativas o creencias, sin las cuales el que emite una declaración de voluntad no la hubiera emitido. Estas expectativas forman la *base del negocio* (Oertmann).

b) *Teoría de la situación extracontractual.* – La formula Bruzin, quien dice que el contrato obliga a las partes salvo cuando cambios sobrevinientes traen en la ejecución consecuencias que sobrepasan las previsiones de las partes al contratar, creándose una *situación extracontractual.*

c) *Teoría del equilibrio de las prestaciones.* – (Giorgi y Maury). La equidad y la justicia requieren que el juez restablezca el equilibrio de las partes, cortando toda desigualdad y buscando la utilidad común que las partes tuvieron en mira al contratar.

d) *Teoría del fundamento moral.* – La sostiene Ripert quien dice que la actitud del acreedor que pretende del deudor una prestación que se ha vuelto desmesuradamente onerosa es reprochable pero, según él, por razones morales, no jurídicas. Por ello aconseja que el juez sólo intervenga en circunstancias extraordinarias que afecten a *toda una categoría de deudores.*

e) *Teoría de la buena fe.* – Sostenida entre otros por von Tuhr y Alsina Atienza, quienes piensan que aplicar literalmente el contrato luego de un cambio radical de las circunstancias originarias atenta contra la buena fe.

f) *Teoría del medio económico jurídico.*– La sostiene Fornieles quien destaca que todo contrato se celebra en un medio económico-jurídico determinado. Cuando un hecho imprevisible altera este medio nos encontramos ante un nuevo contrato, y no cabe exigir la estricta ejecución del contrato primitivo.

g) *Teoría de Orgaz.* – Este autor renovando y enriqueciendo la teoría de la presuposición destaca que además de lo que las partes *ponen* en su contrato, está lo que *presuponen.* Aunque lo presupuesto no esté expresado, está en la base y raíz del consentimiento y no puede prescindirse de este elemento sin mutilar la verdadera esencia del contrato.

h) *Teoría del abuso del derecho.* – La sostiene Spota. Para él el acreedor que exige el cumplimiento estricto de la prestación incurre en un abuso de derecho, ya que no lo ejerce en forma funcional.

186. NUESTRA OPINIÓN.– Creemos que el pensamiento de Winsdcheid ampliado y enriquecido entre nosotros, por los desarrollos de Fornieles y Orgaz, explica satisfactoriamente la teoría de la imprevisión, y demuestra por qué esa teoría era aplicable en nuestro derecho, aun antes de la sanción de la ley17.711. Sin duda el contrato es la ley de las partes (art. 1197) pero el total querer contractual se integra no sólo con la letra del convenio sino también con las nociones y creencias compartidas por los contratantes que componen el subsuelo en que se asienta su designio. El contrato, como concreción de voluntad, está asociado al ambiente económico y jurídico que lo vio nacer de manera tal que *caduca en sus condiciones primitivas* cuando sobreviene un acontecimiento absolutamente imprevisible que distorsiona la economía del contrato y torna excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Llegado ese punto, el perjudicado por ese cambio exorbitante del presupuesto del contrato, puede alegar la rescisión del convenio a fin de quedar desligado para el futuro de obligaciones que serían sin causa por provenir de una convención sustancialmente distinta de aquella para la cual dio antes su consentimiento. Inicuo sería mantenerlo sujeto a un régimen contractual que ha caducado por imperio de las nuevas circunstancias sobrevenidas.

187. EXTREMOS DE APLICABILIDAD DE LA TEORÍA.– Son los siguientes:

a) *Características del hecho.* – El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto ha de ser un hecho actual, imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación y ajeno al deudor.

La *inflación* no es, en principio, un hecho que pueda dar lugar a la aplicación de esta teoría, porque en nuestro país el paulatino deterioro de la moneda que ese hecho económico produjo es previsible. Sólo cuando la desvalorización es el resultado súbito de un determinado acto del poder público, como una modificación sustancial o inesperada en el régimen de cambios puede ese hecho ser configurativo de la teoría de la imprevisión.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha entendido que la abrupta y súbita depreciación de la moneda que ocurrió en junio de 1975, con la inmediata y desmedida elevación de los costos, debe calificarse como un hecho revolucionario dentro de la economía, que escapa a lo previsible aun en un régimen económico enfermo, porque importa un salto atípicamente desmesurado dentro del ritmo inflacionario crónico.

La prolongada estabilidad producida por el régimen introducido por la ley 23.928, ha creado en la sociedad la creencia en la estabilidad del valor moneda. Si en el futuro reapareciera la inflación que antes habíamos padecido, pensamos que entonces sí este fenómeno autorizaría a invocar la teoría de la inprevisión.

b) *Relación del hecho con las futuras prestaciones comprometidas.* – El hecho en cuestión ha de provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida, de manera tal que el mantenimiento de la obligación importe la *consumación de una flagrante injusticia*.

Determinar cuándo la onerosidad llega a ser excesiva es un punto librado al prudente arbitrio del juez.

Por lo demás, se habla de onerosidad para el deudor. Ello significa que no basta cualquier desbarajuste en la ecuación económica que favorezca desmesuradamente al acreedor si no se traduce en grave perjuicio del deudor.

c) *Naturaleza de la relación jurídica afectada por la teoría de la imprevisión.* – Los contratos afectados por la teoría de la imprevisión, son en nuestra opinión, los que anudan por su esencia una relación jurídica duradera entre las partes; en cambio la teoría no alcanza a los contratos de ejecución instantánea, es decir aquellos destinados a agotar su virtualidad en un momento único, carácter que no se altera por la existencia de un plazo.

187. bis.– Los acontecimientos posteriores a 1975 plantearon nuevos problemas, que hicieron que en muchos casos los juristas y la jurisprudencia se vieran en una situación de virtual imposibilidad para proveer soluciones estables, por la velocidad con que se alteraban los presupuestos de hecho. Así en el segundo semestre de 1985, luego de muchos meses de constante inflación durante los cuales el índice de precios al consumidor registró en junio de ese año, un aumento del 30,5%, se produjo por la efímera influencia del llamado Plan Austral, una reducción de dicho índice que en febrero de 1986, sólo aumentó un 1,7%. A su vez, los precios mayoristas que en junio de 1985 aumentaron un 42,3% en el siguiente mes de julio *disminuyeron* en un 1%. Desbocada nuevamente la inflación que en agosto de 1988 aumentó en un alarmante 27,6%, por obra del llamado Plan Primavera bajó en noviembre de 1988, a un 5,7%, de incremento mensual, y luego trepó en julio de 1989 el récord histórico de 196,6% mensual con las consecuencias políticas conocidas. Las variaciones posteriores del índice de precios al consumidor (5,6% en octubre de

1989, 9,5% en marzo de 1990) que por cierto no derivaban sólo del desequilibrio de los gastos del Estado sino, en buena medida de maniobras especulativas de quienes hacían del desorden económico un *modus vivendi*, demuestran que la solución definitiva sólo puede provenir de una seria actitud del Estado y la comunidad encaminada a borrar las anomalías apuntadas.

Claro está que en semejantes condiciones la doctrina y la jurisprudencia concernientes al derecho privado sólo pueden proveer, a lo sumo paliativos, pues las doctrinas construidas para situaciones normales, no funcionan eficientemente en el estado de perpetua emergencia en que vivió nuestro país.

En marzo de 1991, se sancionó la ley 23.928, que estableció la convertibilidad del austral con el dólar estadounidense, a una relación de ₳10.000 por cada dólar (art. 1º). Dictado el decreto que reemplazó el austral por el peso, dicha relación es ahora de $ 1 = 1 dólar. A su vez, según lo dispuesto en el art. 4º de aquella ley, en todo momento las reservas del Banco Central, tienen que ser equivalentes a por lo menos el 100% de la base monetaria, con lo cual se buscó eliminar la inflación producida por la emisión de billetes sin respaldo.

Esta disposición –que ha sido estrictamente cumplida– junto con la prohibición de indexar (arts. 7º y 10, ley cit.), ha producido una prolongada estabilidad en comparación con la situación explicada precedentemente y consecuentemente ha permitido encarar soluciones de carácter permanente.

188. NATURALEZA FLUYENTE DEL DERECHO AFECTADO: DISCUSIÓN.– Según acabamos de señalar no creemos que la sola ejecución diferida de una obligación a plazo justifique la aplicación de la teoría de la imprevisión. Para que esto ocurra debe tratarse de derechos fluyentes, según la feliz expresión de Alejandro Rayces. Son ellos los poderes subjetivos que requieren ser fecundados por la acción del tiempo, por ejemplo, el precio de la locación de cosas, o los intereses del capital. Así por ejemplo, si en 1990 se celebró un contrato de locación, y se pactó un alquiler muy elevado para el año 1994 para prevenir la inflación si llegado el momento sobreviene una situación de estabilidad, como ocurre en estos momentos, puede resultar inicuo exigir el alquiler pactado.

En cambio si el derecho no es fluyente, el desequilibrio sobreviniente de las prestaciones no justifica la aplicación de la teoría de la imprevi-

sión, porque ello equivaldría a tomar la propiedad del acreedor y entregarla al deudor, violando la garantía del art. 17 de la Constitución Naeional.

188 bis. EFECTOS DE LA HIPERINFLACIÓN.– Los principios expuestos en el número anterior no pueden aplicarse, y la jurisprudencia lo ha reconocido, cuando sobreviene la hiperinflación que llegó en nuestro país a su pico máximo en junio de 1989.

Se trata de una situación que Llambías no conoció puesto que había fallecido en 1981.

En ese mes de junio de 1989, el índice de precios al consumidor aumentó un 196,6%. La magnitud de ese guarismo resulta aún más insólita si se tiene presente que equivalía a una inflación del 6,55% *diario,* y de 0,2% *por hora,* lo cual resulta todavía más llamativo en la época actual de inflación cero.

Para usar la terminología de Nussbaum, se había pasado de una inflación *crónica* a una inflación *maligna.*

El derecho privado carece de fórmulas y procedimientos para solucionar estos graves problemas públicos, y sólo la adopción de profundas medidas económicas que son del exclusivo resorte del derecho público, puede aportar un remedio eficaz.

189. EFECTOS DE LA TEORÍA.– Producido el hecho contemplado por la teoría de la imprevisión el deudor cuya obligación se ha tornado excesivamente onerosa puede aducir la *rescisión* del contrato respectivo, pero esta rescisión sólo disuelve el vínculo obligacional para el futuro, dejando intactos los efectos producidos hasta entonces. Sin embargo, la rescisión no es ineludible, pues si la parte a quien el cambio de circunstancias favorece desmesuradamente, se aviene a modificar los términos del contrato, puede imponer al otro contratante la subsistencia de la obligación, ya que queda subsanada la injusticia que es la razón de ser de la ruptura del contrato.

Las modalidades peculiares de la teoría de la imprevisión determinan que mientras se tramita el juicio donde se debaten las nuevas condiciones del contrato, éste quede en suspenso. En efecto, sea que el acreedor se oponga a la rescisión opuesta por el deudor, o que se avenga a aceptarla con modificaciones, la situación de las partes sólo quedará fijada en la sentencia, y entretanto no cabe ejecutar el contrato primitivo, ni menos aún el contrato futuro cuyas cláusulas todavía no se conocen.

En cuanto al criterio de la *revisión,* debe procurarse una repartición equitativa del riesgo sobrevenido entre las partes afectadas sin ignorar enteramente las condiciones originarias del contrato.

Esto significa que el interés del acreedor sustentado en un contrato válido y eficaz, deberá ser especialmente contemplado, y a su vez *la situación del deudor no podrá dejar de ser desventajosa,* pues no se trata de liberarlo de las consecuencias de un mal negocio, sino de un remedio heroico y excepcional que sólo debe utilizarse en la medida necesaria para impedir la grosera vulneración de la justicia.

El resultado será que el evento acontecido seguirá actuando a favor del acreedor y contra el deudor, pero no con la brutal intensidad de los hechos ocurridos, y a la postre el acreedor habrá realizado un buen negocio, como el deudor un mal negocio, pero en términos soportables.

190. JURISPRUDENCIA.– Antes de la sanción de la ley 17.711, nuestros tribunales, ante la ausencia de textos legales, se mostraron vacilantes. Pero luego esta orientación varió en sentido favorable a la admisión de la teoría, que al tiempo de su consagración legal, había sido recogida en forma categórica en diversos fallos, especialmente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal.

191. LEY 17.711. ACEPTACIÓN LEGAL DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.– La ley 17.711, ha remodelado el art. 1198 del Código Civil, y con ello ha introducido en forma expresa la teoría de la imprevisión en el Código.

Los párrafos pertinentes del art. 1198 dicen así: "En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

"En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

"No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

"La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

Examinaremos el nuevo dispositivo a la luz de los principios desenvueltos en los números precedentes.

192. CONTRATOS A LOS QUE SE APLICA LA TEORÍA.– Según el nuevo art. 1198, párrafo segundo, los contratos que caen en el ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión son los *onerosos y conmutativos, de ejecución diferida o continuada.*

1) Son contratos *onerosos,* según el art. 1139, los que establecen alguna ventaja para un contratante en correlación con una prestación a su cargo. Es un concepto que se opone al de contrato gratuito.

Sin embargo no se justifica que al deudor de una prestación que ha constituido gratuitamente a favor del acreedor, se lo trate con mayor rigor que al deudor de una prestación derivada de una contrato oneroso. Aunque conceptuamos que el deudor gratuito puede ampararse también en la teoría de la imprevisión, pensamos que el nuevo texto legal debió mencionar expresamente los contratos gratuitos.

2) Son contratos *conmutativos* aquellos que aseguran para las partes ventajas o pérdidas inalterables, es decir, independientes, en su consistencia, de acontecimientos inciertos (arg. art. 2051). Es un concepto que se opone al de aleatorio y se deduce de esa misma oposición.

El aludido precepto legal extiende la aplicación de este dispositivo a los contratos *aleatorios* "cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas ajenas al riesgo propio del contrato". Esta innovación es plausible pues no hay razón para dejar de computar lo que es un efecto de causas generales e imprevisibles, de la distorsión de todos los valores económicos.

3) Son contratos de *ejecución diferida* aquellos en que queda aplazado o postergado el momento del vencimiento o momento inicial de la ejecución. Se oponen a los contratos de *ejecución inmediata* en los cuales la ejecución es coetánea a su constitución, como ocurre con los contratos reales.

4) Son contratos de *ejecución continuada* aquellos que necesariamente perduran en el tiempo, sujetando al deudor a un cumplimiento que no se agota en un momento inicial sino que se prolonga en un lapso más o menos dilatado, o se reitera periódicamente, por ejemplo, el contrato de locación. Se oponen a los de ejecución única o cumplimiento instantáneo, que se agotan en una *solutio* única como la venta, la permuta, etcétera.

193. CONEXIÓN CON EL ABUSO DE DERECHO.– En estos últimos años de intensa depreciación monetaria, la prolongación de la vida del contrato, aunque ello haya ocurrido por culpa de una de las partes, puede originar graves injusticias si no se introducen arreglos equitativos similares a los contemplados por la teoría de la imprevisión.

La facultad de exigir el cumplimiento estricto del convenio no tiene un carácter absoluto, como no lo tiene ninguna de las prerrogativas reconocidas legalmente. Para merecer el amparo legal, su ejercicio ha de ser regular, esto es, adecuado a los fines que se han tenido en mira al reconocerlo y con sujeción a los principios de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Si bien la mora del deudor es reprochable, y por ello autoriza al resarcimiento del daño moratorio (art. 508), ella no constituye título suficiente para que el acreedor obtenga un lucro, menos aún si es desmedido, a expensas de su deudor.

Si lo abusivo no radica en la pretensión de obtener la escrituración de un inmueble, en sí misma, sino en lograrla mediante el pago de un precio que resulta irrisorio, el art. 1071 debe funcionar, no para sustentar la resolución del contrato, sino para expurgar la "antifuncionalidad" con que el envilecimiento de la moneda ha teñido el derecho que se ejercita. Y tal finalidad se consigue mediante la modificación equitativa de la parte impaga del precio, la cual constituye un arbitrio idóneo para satisfacer el legítimo interés contractual de ambas partes.

194. EFECTOS DE LA TEORÍA EN LA LEY 17.711.– La ley 17.711 desemboca en lo que llama una *resolución* del contrato que puede alegar el deudor, o bien la *revisión* del mismo, si el acreedor ofrece "mejorar equitativamente los efectos del contrato" (art. 1198 *in fine*). Según entendemos, *no corresponde hablar de resolución sino de rescisión,* por la imposibilidad de hacer funcionar retroactivamente la disolución de la obligación. En efecto la teoría de la imprevisión parte en dos etapas la relación jurídica que ligaba a los contratantes. La primera etapa transcurre hasta que acaece el hecho que altera el equilibrio de las prestaciones: hasta ese momento debe acatarse fielmente lo pactado por las partes. Es sólo en la segunda etapa (después del hecho) que el perjudicado puede invocar la nueva situación a fin de que se declare la caducidad para el futuro de las obligaciones que se han vuelto excesivamente onerosas.

24

195. PACTOS REFERENTES A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.– Aun antes de la ley 17.711, no cabía duda alguna sobre la validez de los convenios que las partes hicieran sobre la teoría de la imprevisión, ya fuere para mantener aun en esa hipótesis la eficacia del contrato o para determinar su rescisión. La sanción de la ley 17.711, no ha cambiado esta situación, pues lo que las partes acuerden al respecto está sometido exclusivamente a la autonomía de la voluntad privada.

196. DIFERENCIAS CON EL CASO FORTUITO.– Al concluir el estudio de la teoría de la imprevisión podemos puntualizar las diferencias que presenta con relación al caso fortuito o fuerza mayor.

a) El hecho que configura el *casus* hace imposible la ejecución de la obligación; en cambio el hecho que capta la teoría de la imprevisión no *imposibilita* el cumplimiento, aunque lo torna excesivamente oneroso para el deudor.

b) El caso fortuito extingue la obligación por la *imposibilidad* de pago (art. 888). En cambio tratándose de la teoría de la imprevisión, la extinción de la obligación se presenta como una consecuencia de la desaparición de su causa, sea la *rescisión* del respectivo contrato, o sea la *novación* de la obligación primitiva, si el acreedor se aviene a la modificación de las condiciones contractuales originarias.

c) Por último ambos institutos difieren en cuanto a su campo de aplicación: el del caso fortuito, es mucho más amplio, pues este eximente juega tanto en materia de cumplimiento de obligaciones como de actos ilícitos; en cambio la teoría de la imprevisión sólo funciona respecto de ciertos contratos, los de tracto sucesivo que crean derechos fluyentes.

196 bis. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y EL DESAGIO.– A raíz de la reforma económica de 1985, tendiente a disminuir drásticamente la tasa de inflación, se produjo la hipótesis inversa de la que ordinariamente se contempla en la teoría de la imprevisión que fue regulada por el decreto 1096/85.

En efecto, tal como se señala en los considerandos de dicho decreto la reducción de la inflación constituyó un hecho imprevisto, imposible de ser contemplado en las obligaciones de dar sumas de dinero y como éstas contenían fuertes expectativas inflacionarias se hizo necesario atender a

la nueva situación económica lo que se realizó mediante el procedimiento llamado de "desagio", que consistió en disponer que la conversión a la nueva moneda (austral) se hiciera mediante una escala de variación diaria que reducía las obligaciones pactadas, expurgándolas de aquella parte de su cuantía que preveía una inflación ahora inexistente.

196 ter. Lamentablemente no se tuvo en cuenta que no toda cláusula de reajuste de prestaciones incorporaba en forma estimativa supuestas inflaciones futuras. Por ello, no se exceptuó de este "desagio" los alquileres de los inmuebles, que se reajustaban invariablemente en función de la *inflación anterior y ya producida* y que por eso eran extraños al procedimiento que se arbitró, y que como explicitamos *supra* (nº 187 bis) fracasó en forma terminante.

196 quater. LA IMPREVISIÓN Y LA LEY DE CONVERTIBILIDAD.– La abrupta caída de la inflación ocurrida como consecuencia de la vigencia de la Ley de Convertibilidad, determinó que ésta suprimiera los mecanismos indexatorios y fijara un régimen transitorio para las prestaciones pendientes al 1/IV/91, permitiendo la aplicación de las cláusulas indexatorias hasta el tope establecido en el art. 9º de la ley.

XII. DAÑOS E INTERESES

197. TERCER PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.– Como se ha visto, el tercer presupuesto de la responsabilidad del deudor lo constituye el *daño* sufrido por el acreedor. Si el incumplimiento de la obligación no se traduce en un perjuicio para el acreedor, éste no puede pretender la indemnización de un daño inexistente: habría en ello un enriquecimiento sin causa, por falta de título para su obtención.

Este requisito, aparentemente, deja de funcionar en las obligaciones con cláusula penal (art. 658) y en las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 622). Sin embargo, un análisis más profundo de la cuestión permite comprobar que en estos supuestos no se ha prescindido del presupuesto del daño.

En efecto, en las obligaciones con cláusula penal la estipulación de la pena importa la determinación convencional del daño que habrá de sufrir el acreedor por el incumplimiento: por tanto, aunque en la realidad no haya daño, para las partes lo hay convencionalmente desde que han fijado por anticipado su cuantía.

En cuanto a las obligaciones de dar sumas de dinero, la ley establece una presunción de daño que se basa en el carácter fructífero de los capitales.

198. NOCIÓN DE DAÑO.– Se entiende por *daño el menoscabo que experimenta el acreedor en su patrimonio,* a causa del incumplimiento del deudor.

El *daño* del acreedor está integrado por *dos elementos:* uno está constituido por la *pérdida* sufrida por la falta de ingreso de la prestación debida a su patrimonio, es el *daño emergente;* otro corresponde a la *ganancia* frustrada por el incumplimiento del deudor, es el *lucro cesante.*

199. DAÑO DEL DEUDOR.– En los mismos términos que los expuestos se plantea la cuestión cuando es el deudor quien pretende hacer valer la *responsabilidad del acreedor* incurso en mora. En esa hipótesis, será un presupuesto de tal responsabilidad el daño sufrido por el deudor a causa de esa mora *accipiendi.*

200. DISTINTAS ESPECIES DE DAÑOS.– Los posibles daños experimentados por el acreedor en conexión con el incumplimiento de la obligación pueden ser clasificados según diversos criterios.

a) Por razón de su causa, en daños *compensatorios* y *moratorios;*

b) Por su relación con el damnificado, en daños *comunes* y *propios;*

c) Por su conexión causal con la inejecución del deudor, en daños *inmediatos* y *mediatos, directos* e *indirectos;*

d) En función de su previsión por las partes, en *previstos* e *imprevistos, previsibles* e *imprevisibles;*

e) Por su relación con la prestación debida, en daños *intrínsecos* y *extrínsecos;*

f) Por razón de efectividad, en daño *actual* y *futuro, cierto* y *eventual;*

g) En función del *interés* representado por el cumplimiento de la obligación, en daño al *interés positivo* y daño al *interés negativo;*

h) Según la fuente del daño, en *contractual y extracontractual.*

201. DAÑO COMPENSATORIO Y MORATORIO.– El daño *compensatorio* comprende todo el menoscabo patrimonial provocado por un incumplimiento de la obligación que se estima definitivo. En cambio, el daño *moratorio,* supone la final ejecución de la obligación y computa el detrimento patrimonial producido por la tardanza en satisfacer la prestación por el deudor.

La importancia de esta clasificación estriba en que la indemnización del daño compensatorio *sustituye* a la prestación originaria, mientras que la indemnización del daño moratorio se *acumula* al objeto de la obligación.

202. DAÑOS COMUNES Y PROPIOS.– Son daños *comunes* los que cualquier persona igualmente habría experimentado como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Son daños *propios* aquellos que sufre exclusivamente una persona determinada por las circunstancias que le atañen a ella.

En la indemnización de perjuicios sólo se computan los daños comunes; por excepción, entran en consideración los daños propios, cuando fueren conocidos del deudor al tiempo de contraer la obligación. También se computan los daños propios como resarcibles cuando el deudor actúa con dolo en la inejecución.

203. DAÑOS INMEDIATOS Y MEDIATOS.– Son daños *inmediatos* los que resultan invariablemente del incumplimiento del deudor, según el curso natural y ordinario de las cosas (conf. art.901, primera parte, del Cód. Civil). Son daños *mediatos* los que resultan solamente de la conexión del incumplimiento del deudor con una acontecimiento distinto (conf. art. 901, segunda frase).

204. DAÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS.– Esta clasificación tiene en nuestro derecho un significado dual que sólo juega en el ámbito de los hechos ilícitos.

Según una primera significación es daño *directo* el que sufre la víctima del acto ilícito "en las cosas de su dominio o posesión" (art. 1068); *indirecto* el que refluye en su patrimonio "por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068, *in fine*).

Según una segunda significación, adoptada por el art. 1079, es daño *directo* el que padece la víctima del delito cometido y daño *indirecto* el

25

que experimenta de rebote cualquier otra persona distinta, lesionada en un derecho propio.

205. DAÑOS PREVISTOS E IMPREVISTOS. DAÑOS PREVISIBLES E IMPREVISIBLES.– Son daños *previstos* los que de hecho ha contemplado el deudor al *tiempo de contraer la obligación, e imprevistos* los que están en la situación opuesta.

Los daños *previsibles* son los susceptibles de previsión al tiempo de contraerse la obligación; en cambio los *imprevisibles* no.

Esta clasificación tiene significación en el ámbito de los hechos ilícitos (*infra,* nº 1414), y para agravar la responsabilidad del deudor que obra deliberadamente, o sea con dolo obligacional, el incumplimiento de la obligación (*supra,* nº 110).

206. DAÑOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS.– Son daños *intrínsecos* los que conciernen a la prestación misma que constituye el objeto de la obligación. Son daños *extrínsecos* los que sufre el acreedor en otros bienes suyos distintos del objeto de la obligación.

De la combinación de los arts. 520 y antiguo 521, resultaba esta discriminación legal. Luego de la modificación del art. 521 ha desaparecido esa distinción legal (*infra* nº 264).

207. DAÑO ACTUAL, FUTURO Y EVENTUAL.– Por daño *actual* se entiende el detrimento patrimonial ya ocurrido que aún subsiste sin reparar. Daño *futuro* es el que habrá de sufrir necesariamente el damnificado en un tiempo ulterior; tal daño es resarcible si puede desde ya ser estimado pecuniariamente (conf. art. 1067).

Daño *eventual* es el problemático o conjetural, que puede o no ocurrir y de ahí que no sea, en principio, resarcible. Pues si se indemnizara y luego el daño no se produjese, el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a expensas del responsable.

208. QUID DE LA "CHANCE".– Se ha discutido si es un daño resarcible la pérdida de una "chance" o probabilidad de una ganancia, por ejemplo, el hecho de no correr un caballo una carrera, lo que hace perder al propietario la posibilidad de ganar el premio; o bien la pérdida de un pleito por el descuido del abogado que deja perimir la instancia, o no produce una prueba fundamental. La razón de la controversia está en que la pérdida de la "chance" es un daño actual y también eventual; esto último en cuanto

la posible ganancia que no puede asegurarse que se hubiera producido, por la gravitación de varios factores imponderables; aquello otro, porque es actual la pérdida de la posibilidad de correr la carrera o de terminar el pleito en condiciones normales.

Según la doctrina y jurisprudencia predominantes, la pérdida de la "chance" es un daño actual resarcible cuando implica una "probabilidad suficiente" de beneficio económico que resulta frustrado por la culpa ajena. En cambio, no es resarcible si representa una publicidad general y vaga.

Para estimar el valor de la "chance" perdida se ponderan las circunstancias de cada caso. Pero esa valoración es de la "chance", por sí misma, lo que conduce a que nunca pueda identificarse con el beneficio frustrado que siempre tiene mucho de eventual. Así, cuando por un accidente de tránsito en el camino al hipódromo, un caballo no puede correr una carrera, la pérdida de la "chance" que sufre el dueño estará lejos de la cifra del premio, por favorito que fuese el animal.

209. DAÑO AL INTERÉS POSITIVO Y DAÑO AL INTERÉS NEGATIVO.– La clave de esta clasificación consiste en la *virtualidad* jurídica del título en que se apoya la pretensión resarcitoria del demandante.

El *daño al interés positivo engloba* las perspectivas favorables que el acreedor podía legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación. En su consideración se *mira hacia el porvenir,* computando como medio idóneo de incremento patrimonial el título del acreedor que lo habilita para exigir el cumplimiento de la obligación, y obtener con ello las ventajas esperadas. Por ejemplo si A promete a B la venta de un inmueble y luego no cumple, pueden entrar en este renglón los siguientes rubros: mayor valor adquirido por ese inmueble, pérdida de una diferencia de precio de reventa ya convenida, etcétera.

El *daño al interés negativo* supone la invalidez o ineficacia del acto jurídico que había originado la obligación, la cual queda consiguientemente sin causa y por ello carente de la virtualidad que le era propia. El *interés negativo* del acreedor consiste en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no *habría* sufrido, si *no se hubiera* constituido la obligación. En su consideración se *mira hacia el pasado,* tratando de restablecer el *statu-quo* patrimonial anterior a la constitución de la obligación que ha resultado desvanecida. Entre estos daños cabe mencionar los gastos realizados con motivo de la celebración del contrato, que resultan inútiles (honorarios, sellados, comisiones, traslados, etc.).

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

210. DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL.– Por *daño patrimonial* se entiende el menoscabo que alguien sufre, *susceptible de apreciación pecuniaria* (conf. arts. 519, 1068 y 1069). En cambio, el *daño moral* es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, *insusceptible* de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, el dolor, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial.

Nuestro codificador no se ocupa, en general, del daño moral genérico, sino del *agravio moral* –que es una especie del género daño moral– el cual consiste en el sufrimiento de la persona por la molestia en su seguridad personal, o por la herida en sus afecciones legítimas, o el experimentado en el goce de los bienes (conf. antiguo art. 1078 *in fine*) que ha producido el ofensor.

En suma, es daño moral *todo sufrimiento o dolor que se padece,* independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial, y que no ha de confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos o facultades; a esto último lo denomina el Código daño patrimonial indirecto (conf. art. 1068), verbigracia, el detrimento económico sufrido por un profesional, o un comerciante que son víctimas de una calumnia, lo que se traduce en la retracción de su clientela.

211. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.– Se denomina así, la valuación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado. Con esa indemnización queda remediado el desequilibrio de orden jurídico provocado por el incumplimiento de la obligación y restablecido el acreedor en la situación patrimonial que debió tener de no haber obstado a ello el hecho imputado al responsable.

212. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN.– Reside en un *imperativo de justicia,* que saldría quebrantada si el damnificado no quedara restituido al estado anterior a la lesión.

Algunos autores pensaron que la indemnización se fundaba en un pacto tácito concertado por el acreedor y deudor al tiempo de constituirse la obligación. Pero tal explicación no es satisfactoria porque no comprende a las obligaciones nacidas al margen de toda convención de las partes, por ejemplo, las provenientes de los hechos ilícitos.

213. FINALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN.– Con la determinación de los daños y perjuicios se persigue la finalidad de colocar al acreedor en una situación patrimonial equivalente a la que hubiera tenido si la obligación se hubiera cumplido. Es decir que la indemnización de daños y perjuicios desempeña una función de *equilibrio* o *nivelación.* El acreedor fundaba en la satisfacción de la prestación debida, la legítima expectativa de obtener un determinado estado patrimonial. El incumplimiento del deudor ha frustrado esa expectativa. Lógico es que el derecho la restablezca poniendo a cargo del deudor las compensaciones pecuniarias que sean suficientes para devolver al acreedor la situación patrimonial justamente esperada.

214. CARACTERES DE LA INDEMNIZACIÓN.– La indemnización de daños y perjuicios tiene los siguientes *caracteres:*

a) Es *subsidiaria,* en cuanto entra en reemplazo del cumplimiento específico, o en natura, de la obligación.

b) Es *pecuniaria,* en cuanto se concede en dinero, tratándose de daños contractuales. En cambio, si el origen del daño es la comisión de un hecho ilícito, el damnificado puede optar por la indemnización en especie, mediante la reposición del estado material de las cosas a la situación precedente a la realización del hecho dañoso (conf. art. 1083).

c) La indemnización tiene carácter *resarcitorio* y no *punitorio.* No se trata de castigar al responsable sino de enjugar el detrimento soportado por el damnificado.

Empero, no es posible olvidar que con la indemnización se hace efectiva una *sanción* a cargo del responsable, entendiendo por sanción el proceder impuesto por la autoridad al infractor de un deber. Ahora bien, en materia de sanciones, por una exigencia de justicia distributiva, no es posible dejar de lado el mérito o demérito del sujeto sancionado. Por ello es que también en la indemnización de daños y perjuicios se contempla el dolo o la mera culpa del responsable para hacer más o menos intensa la reparación a su cargo (conf. art. 902).

Esto significa, en nuestra opinión, que el carácter resarcitorio de la indemnización de daños y perjuicios sólo es exacto, en cuanto postula la necesidad de que la indemnización no exceda el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado. No lo es, por el contrario, si se pretende establecer una automática igualdad entre el monto del daño causado y el importe de la indemnización, pues, como veremos luego (*infra,* nº 259) la medida del resarcimiento, por una exigencia de justicia distributiva, está esencialmente influida por la intención con que haya obrado el responsable.

26

Por otra parte, cuando se trata de la reparación de daños morales, la indemnización no tiene carácter resarcitorio sino punitorio.

215. REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE.– a) El daño resarcible ha de ser *cierto* y no eventual.

b) El daño indemnizable ha de *subsistir* en el momento en que se lo computa, pues si ha desaparecido o ha sido compensado ya, no existe como daño actual. Sin embargo, si la reparación fue costeada por el propio *damnificado* o por *un tercero,* debe entenderse que el daño subsiste sin indemnizar, por lo que debe ser reparado por el responsable.

c) El daño ha de ser *personal* de quien pretende la indemnización. Se trata de una aplicación pura y simple del fundamental principio según el cual si no hay interés no hay acción.

Por lo demás, en el régimen general de la responsabilidad civil sólo tiene derecho a la indemnización el acreedor perjudicado en un *interés directo.* Los damnificados indirectos son ajenos a ese régimen, salvo que el hecho perjudicial –incumplimiento de la obligación– degenere en un delito del derecho criminal (art. 1107 *in fine*): en tal hipótesis de excepción, el resarcimiento podría también ser perseguido por un tercero que fuere damnificado indirecto.

d) Para ser resarcible, el daño ha de afectar un *interés legítimo* del damnificado. Por aplicación de este requisito, que juega igualmente en la responsabilidad contractual y extracontractual, se niega la acción resarcitoria de daños y perjuicios a la concubina, por la muerte de su compañero.

e) Finalmente, el daño para ser resarcible ha de estar en *relación causal* con el hecho imputado al responsable (véase *infra,* núms. 248 y sigs.).

216. EXISTENCIA Y PRUEBA DEL DAÑO.– La existencia material del daño es irrelevante si no se lo comprueba apropiadamente: un daño improbado no existe para el derecho.

La prueba del daño incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor. Esta prueba comprende la existencia del daño y la cuantía del mismo. Ahora bien, la *existencia* del daño es de prueba indispensable, no pudiendo otorgarse indemnización alguna si falla esa comprobación. En cambio, la prueba de la *cuantía* del daño puede ser suplida por la prudente estimación judicial (conf. art. 165, Cód. Procds.). Sin embargo, el damnificado debe tratar de establecer con la aproxima-

ción que sea factible –para lo cual son admisibles todos los medios de prueba– la magnitud del daño, ya que la deficiencia de la prueba referente al monto de los daños y perjuicios gravita en contra de quien tenía la carga de la prueba.

217. ENTIDAD DEL DAÑO.– El daño resarcible es el menoscabo patrimonial causado por el hecho que genera la responsabilidad.

Cuando el daño varía en el tiempo deben computarse sus *modificaciones intrínsecas,* sea que lo agraven o que lo aminoren. El daño computable es el que subsiste en el momento de la sentencia. Es intrínseca una variante que corresponde al proceso normal de los elementos de hecho constitutivos del daño, por ejemplo, la derivación de un yerro operatorio es una modificación intrínseca de la lesión padecida por el paciente, sea que ésta degenere en una incapacidad total, o que por un tratamiento adecuado quede reducida a una leve incapacidad parcial.

En cambio, no entran en la computación del daño las alteraciones *extrínsecas* del mismo. Por ejemplo, el robo que sufre un accidentado inconsciente es una alteración extrínseca que experimenta el daño causado por el accidente.

Luego de pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia que fija la indemnización, el daño queda cristalizado y ya no es posible procurar su revisión. Esto significa que las alteraciones intrínsecas del daño, posteriores a la sentencia, son irrelevantes, salvo que el propio pronunciamiento contemple la posibilidad de su modificación en virtud de los nuevos daños que sufriere en el futuro el damnificado.

218. COMPENSACIÓN DEL DAÑO CON EL LUCRO.– El mismo hecho que compromete la responsabilidad de alguien puede, al propio tiempo que causar un daño, representar un beneficio para el damnificado. Si ello ocurre, debe descontarse de la indemnización el monto del beneficio porque el damnificado *no debe lucrar a expensas del responsable.* De lo contrario, se autorizaría el enriquecimiento sin causa del damnificado.

Es de notar que la *compensatio lucri cum damno* sólo procede cuando beneficio y perjuicio son *efectos de la misma causa.* Pero cuando el beneficio deriva de otra *causa,* distinta del hecho que genera el perjuicio, el damnificado puede acumular, frente al responsable, la indemnización del perjuicio y el importe de aquel beneficio, por ejemplo, la percepción de un seguro por el damnificado en nada influye frente al responsable para que pueda reclamar la correspondiente indemnización.

219. AVALUACIÓN DEL DAÑO: CONVENCIONAL, LEGAL, JUDICIAL.– Establecida la existencia del daño se requiere pasar a su valoración pecuniaria.

La avaluación es *convencional* cuando se practica de común acuerdo por el damnificado y el responsable. Tal convenio, que por lo general importará una transacción, en cuanto a las pretensiones extremas de ambas partes, quedará asegurado en su integridad por lo dispuesto en el art. 1197.

La avaluación del daño es *legal,* cuando la propia ley establece la cuantía de la indemnización debida al acreedor, o el monto máximo o mínimo de la misma. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de indemnización por accidentes de trabajo.

A falta de determinación de la cuantía del daño, por vía convencional o legal, la avaluación se hace por el juez con arreglo a las probanzas del juicio.

220. FECHA DE LA VALUACIÓN DEL DAÑO.– En épocas que se caracterizan por las grandes oscilaciones en el valor de los bienes y por una constante inflación monetaria y consiguiente pérdida del valor adquisitivo del dinero, en principio, el daño resarcible debe ser valorado al tiempo de la sentencia o momento más próximo a esa época que sea posible, porque un daño actual requiere ser indemnizado con un valor también actual. Sólo así se satisface la finalidad de la indemnización.

221. CUÁNDO LA VALUACIÓN DEL DAÑO NO SE HACE A LA FECHA DE LA SENTENCIA.– El principio expuesto en el número anterior reconoce algunas *excepciones,* en las cuales explícitamente se deja de lado el valor actual del daño para adoptar otro valor anterior.

a) La fecha de la sentencia no juega cuando en la indemnización se contempla el valor de *cosas fungibles* que pudo reponer el acreedor al tiempo del incumplimiento de la obligación, pues tales cosas se avalúan a la época de la causación del daño. Empero fijada a una fecha anterior, siempre corresponde la adecuación de la cuantía a los términos pecuniarios actuales.

b) Tampoco se computa el valor actual cuando el daño hubiese representado *antes* un valor mayor: la indemnización debe comprender ese *valor mayor.*

c) Finalmente, no se contempla el mayor valor actual del daño, cuando es imputable al damnificado siempre que no se haya practicado el resarcimiento con anterioridad. Esto no se aplica a la duración del pleito que es indiferente en el caso.

222. DEPRECIACION MONETARIA.– El análisis de este problema, en la República Argentina, implica dos etapas sucesivas, totalmente diferentes.

A partir de 1946 se inició en nuestro país el problema de la inflación que se suscita cuando aumenta exageradamente el dinero circulante sin un aumento semejante de la oferta de bienes y servicios. Se produce un gradual encarecimiento de los precios, porque el papel moneda sufre una gradual disminución de su poder adquisitivo. Se produce la depreciación monetaria y para adquirir el mismo bien, cada vez son necesarias más unidades de la misma moneda.

Cuando el valor del daño resultaba distorsionado por haberse determinado la cifra correspondiente en función de una moneda con distinto poder adquisitivo al que tenía en el momento del pago, había necesidad de corregir ese valor para que tuviera la misma entidad que antes. Por ejemplo, si el deudor se obligaba a entregar 200 volúmenes del Código Civil de tal editorial, al precio de ₳ 10.000 cada uno, en el año 1988 y no cumplía, el daño que sufría el acreedor estaba dado por el desembolso que podía efectuar entonces, para conseguir los libros, medido en términos pecuniarios actualizados. Así, si él hubiera gastado antes ₳ 13.000 por libro y se consideraba que desde esa fecha, la moneda, por inflación, había perdido un 2.000% en su poder de compra, la indemnización por el incumplimiento habría de fijarse en la suma de ₳ 28.600.000 = 200 x 13.000 x 11. No importaba que el precio actual de los libros fuera mayor o menor pues de lo que se trataba era de equilibrar el efectivo quebranto patrimonial que había sufrido el damnificado.

Como en los últimos años, especialmente 1971 a 1973 y 1983 a 1989 a pesar de la transitoria bonanza que causaron los planes económicos de los Dres. José Alfredo Martínez de Hoz y Juan Vital Sorrouille, que a la postre fracasaron por razones ajenas a los planes y a sus autores, el país sufrió una intensa inflación, la jurisprudencia admitió un constante rubro resarcitorio que se adicionaba a los demás, consistente en el *plus* referente a la *depreciación monetaria.* No había necesidad de producir prueba sobre el coeficiente de esa depreciación, pues la inflación era un hecho notorio que entraba en la experiencia de cualquier habitante. Pero se decidió que los jueces no podían conceder ese *plus* de oficio, sino a pedimento de parte efectuado en instancia procesal útil, sin indefensión del adversario.

Para determinar el incremento que correspondía al acreedor por la depreciación monetaria acontecida, los jueces solían atenerse a los índices de precios al consumidor, o mayoristas, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

Cuando la corrección de cifras se ajustaba estrictamente al coeficiente de depreciación monetaria, los intereses debían liquidarse a la tasa normal del 6% u 8% anual hasta el efectivo pago. Dentro de los tribunales de la Capital Federal, este criterio no era seguido por los tribunales nacionales del trabajo que aplicaban un interés del 15% anual sobre capitales indexados. Este criterio fue adoptado en 1985, durante la vigencia del llamado plan Austral.

Se argumentó que a pesar de la aparente detención de la inflación (que a la postre resultó efímera) los intereses bancarios continuaron siendo muy superiores al 6% u 8% anual.

Como hemos explicado, *supra* nº 188 bis, la inflación crónica se hizo maligna llegándose a la hiperinflación que alcanzó su pico en junio de 1989, mes durante el cual el índice de precios al consumidor aumentó un 196,6%. Se hizo necesario un sustancial cambio en el rumbo de la economía.

222 bis. LA CONVERTIBILIDAD. LEY 23.928.– Aunque existen distintos remedios para combatir una inflación crónica (nuestro país los ha puesto en práctica desde el siglo pasado) las opiniones más autorizadas consideran que el medio idóneo para salir de la hiperinflación o inflación maligna, como la que se produjo a fines de la década de los años 80, es la creación de un nuevo sistema monetario (Nussbaum).

Esto se hizo efectivo mediante la sanción de la ley 23.928, que entró en vigencia el 1º de abril de 1991.

Se estableció la convertibilidad, ausente de nuestro sistema monetario durante décadas, y se fijó un tipo de cambio de diez mil australes por cada dólar de los Estados Unidos de América, que era la moneda que nuestros conciudadanos atesoraban y en la cual invertían sus ahorros (hasta sus remuneraciones laborales) para protegerse de la inflación (art. 1º).

El Banco Central debía vender (y así lo ha hecho) cuantos dólares se le requirieran (art. 2º).

Para sostener y respaldar la nueva moneda el Banco Central debía mantener reservas de oro y divisas extranjeras equivalentes *por lo menos al 100%* de la circulación monetaria (art. 4º). Esta norma también se ha cumplido y se sigue cumpliendo, a pesar de ocasionales desconfianzas o problemas internacionales como la reciente crisis financiera mexicana.

Para poner fin a la permanente indexación, que realimentaba la inflación, se dispuso que los procedimientos de reajuste de créditos cesarían a partir del 1º de abril de 1991.

Por decreto 2128 del 10 de octubre de 1991, se creó la nueva unidad monetaria, el "peso" (art. 1º), que se convertiría libremente con el dólar estadounidense en una razón de 1 x 1, que se mantiene actualmente.

Una importante corriente doctrinaria, considera que el régimen de la ley 23.928 no se aplica a las deudas de valor.

En suma, la inflación se ha detenido y sólo cabe esperar que el poder público en cuyas manos está el impedir que renazca, esté a la altura de tan importante misión.

222 ter. LEY 24.283.– De acuerdo con lo dispuesto por la ley 23.928 el reajuste por depreciación monetaria debe practicarse hasta el 31 de marzo de 1991, fecha a partir de la cual no corresponderá efectuar nuevos reajustes.

A esa fecha existían numerosísimos juicios pendientes de ajuste, muchos de los cuales no han concluido al momento actual (fines de 1997).

Las liquidaciones que se practicaban, por razones cuya explicación corresponde a los economistas, daban por resultado que el valor actualizado fijado por la sentencia, excediera en mucho el valor real y actual del bien al momento del pago.

Por eso, el 17 de diciembre de 1993, se sancionó la ley 24.283, que dispone: "Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecido por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación al momento de pago. La presente norma se aplicará a todas las situaciones jurídicas no consolidadas".

223. QUID DE LA VALUACIÓN DEL DAÑO PROVENIENTE DE LA FRUSTRACIÓN DE ADQUISICIÓN DE UN INMUEBLE.– En este problema, la justa indemnización debida al comprador frustrado en su legítima expectativa de convertirse en propietario del inmueble que había comprado, por el hecho de haberse enajenado el inmueble a un tercero, ha de contemplar la diferencia pecuniaria entre el precio convenido y el mayor valor de ese inmueble a la fecha de su enajenación al tercer adquirente. Todo ello con los respectivos intereses desde la última fecha, pero sin que corresponda incrementar la indemnización con la valorización especial que haya experimentado la cosa, la cual crece para su dueño actual y no para el comprador. Así fijada la indemnización, como es una deuda de valor (véase *infra*, nº 647), debe reajustarse su monto en función de la actual capacidad adquisitiva de la moneda.

Sin embargo, la directiva más frecuentemente seguida por los tribunales se atiene al valor del inmueble en el momento de la sentencia aunque desde tiempo atrás el vendedor hubiese dejado de ser su dueño.

224. EL MONTO DE LA DEMANDA COMO TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN.– Según una jurisprudencia antigua de la Corte Suprema, la suma reclamada por el demandante, actúa como tope máximo de la indemnización a fijarse en la sentencia. La razón de esta doctrina reside en que los jueces, que deben sentenciar mediante "decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte" (art. 163, inc. 6º, Cód. de Procds.), no pueden otorgar más de lo pedido por el accionante.

Esta jurisprudencia es justa y por tanto jurídicamente válida, con relación a la *entidad* del daño de cuyo resarcimiento se trata, pero no lo es acerca del *valor* del daño que puede exceder la estimación inicial del demandante, si, por el acaecimiento del hecho notorio de la inflación producido durante el pleito, el *valor actual* del mismo daño es superior a aquel valor inicial.

Pero es de notar que la rectificación del valor inicialmente estimado, por el valor actual, debe haber sido reclamada por el interesado en instancia procesal útil para que pueda ser contemplada por el tribunal en la sentencia.

225. INFLUENCIA DE LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL DEUDOR EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN: LEY 17.711.– La indemnización de perjuicios más que un dispositivo matemático de igualación de un daño con un resarcimiento, es un *medio de instaurar la justicia en las relaciones humanas*. Esto conduce a no desatender la situación patrimonial del responsable, quien afrontando el pago de una elevada indemnización podrá quedar privado de recursos para satisfacer sus necesidades más elementales y las obligaciones alimentarias a favor de su familia.

Recogiendo esta corriente de pensamiento la ley 17.711 introdujo un agregado al art. 1069 del Código Civil, *autorizando* a los jueces a determinar una *atenuación* en la indemnización cuando ello *fuere equitativo*, teniendo en cuenta la *situación patrimonial del deudor*. El resultado será un reajuste del resarcimiento estricto del daño, en función de la concreta capacidad pecuniaria del responsable para hacer frente a esa erogación.

Sin embargo, esta aminoración de la responsabilidad no es procedente *si el daño fuere imputable a dolo del responsable*, porque en tal caso no merece una consideración de equidad. Tampoco si se trata de hacer efectiva una responsabilidad contractual pues el art. 1069 sólo juega para los hechos ilícitos.

225 bis. CASO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LEY 24.441 SOBRE VIVIENDA Y LEASING.– Esta ley, promulgada en enero de 1995, instituye un supuesto de reducción equitativa del saldo adeudado por el deudor hipotecario en cierto tipo de subastas (arts. 52 y sigs.).

Su art. 66 dispone: "Si el precio obtenido en la subasta no cubriese la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local. La liquidación se sustanciará con el deudor *quien podrá pedir la reducción equitativa* del saldo que permaneciera insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble".

Para comprender las circunstancias de hecho en que puede aplicarse esta disposición, habrá que tener presente que los créditos hipotecarios se acuerdan por un importe que equivale a sólo una parte del valor de plaza del inmueble, y que los precios que se pagan en subasta pública, son inferiores a los que se obtendrían en una venta privada.

Aunque la ley no lo diga el juez puede denegar la reducción peticionada por el deudor, cuando su situación patrimonial le permita pagar el saldo adeudado, o cuando haya incurrido en inconducta maliciosa (*infra*, nº 688).

225 ter. TOPE PORCENTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE COSTAS. LEY 24.432.– Con el claro propósito de aliviar la responsabilidad de los deudores por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones, la ley 24.432 introdujo el siguiente agregado al art. 505 del Código Civil: "Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, derivase en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del veinticinco por ciento (25%) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas".

Pero si el incumplimiento de la obligación fuese malicioso, según el agregado que la misma ley efectuó al art. 521 "en este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del artículo 505".

XIII. REPARACION DEL AGRAVIO MORAL

226. PLANTEO DEL ASUNTO.– Luego de haber considerado el daño sufrido por el acreedor en su faz patrimonial, ahora corresponde examinar si las *lesiones de orden moral* que puedan causar el incumplimiento del deudor, o la comisión de un hecho ilícito, deben ser contempladas para incrementar la indemnización a favor del damnificado.

227. CONCEPTO DEL DAÑO MORAL.– Como ya quedó expuesto (*supra*, nº 210), el daño moral es una *lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria.*

228. COMPARACIÓN CON EL DAÑO PATRIMONIAL.– El daño moral se distingue del daño patrimonial en varios aspectos.

a) Por su *naturaleza:* el daño patrimonial consiste en un menoscabo pecuniario; en cambio el daño moral consiste en un detrimento de orden espiritual: es un sentimiento lastimado, un dolor sufrido.

b) Por su *avaluación en dinero:* el daño patrimonial es susceptible de estimación en dinero: todos los bienes económicos tienen un común denominador que es el dinero; por el contrario, los bienes espirituales no son mensurables en dinero: no es posible valuar el dolor de una esposa por la pérdida de su marido.

c) Por el diferente *criterio de reparación del daño:* frente a un daño patrimonial, la indemnización se integra con la suma de los valores pecuniarios, que equivalen al menoscabo sufrido por el damnificado. Pero frente al daño moral no es posible emplear el mismo criterio, porque aquí no hay valores económicos en juego ni mermas en el patrimonio del lesionado: de ahí que su reparación tenga que adaptarse a módulos distintos. No se podrá medir un daño, que es por sí mismo inconmensurable, sino que habrá que atender a la *gravedad* de la falta cometida y a las *posibilidades* del responsable, para adecuar prudencialmente a todo ello la medida de la sanción.

229. FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. DISCUSIÓN DOCTRINARIA.– Acerca de este tópico se han emitido diversas opiniones, que pueden agruparse en dos concepciones diferentes: la teoría "resarcitoria" del daño moral y la teoría de la "sanción ejemplar".

230. TESIS DEL "RESARCIMIENTO".– En un primer momento sus partidarios sostuvieron que el daño moral era una especie del género daño: por tanto, cuanto la ley dispone sobre el resarcimiento de daños e intereses, en general, era aplicable también a los daños morales. Después de las críticas que se le formularon esta teoría asumió una nueva fórmula: no se trataría 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.

231. CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL "RESARCIMIENTO".– Esta teoría reposa sobre una filosofía moral francamente errónea. No es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos mediante una equivalencia de goces. Por otra parte, esa diversidad de naturaleza entre el daño patrimonial y el daño moral (*supra*, nº 228), que de ningún modo integran un mismo género, tiene que traducirse en una distinta manera de efectuar la reparación: la que sea congruente con la índole del daño de que se trate.

232. LA TEORÍA DE LA "SANCIÓN EJEMPLAR".– Nuestra conciencia jurídica se rebela ante la idea de que pueda quedar impune el hecho ilícito por el cual se mortifica a la víctima, causándole una injusta aflicción en su ánimo. Sin duda, desde que por hipótesis no media menoscabo patrimonial, no podrá hablarse de "resarcimiento" de un daño patrimonial inexistente, pero habrá que arbitrar algún recurso para que *en odio al delito se castigue al delincuente por su acción injusta.* Por ello, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor: no constituye un "resarcimiento" sino una *"pena civil", mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor.*

233. CONSECUENCIAS DEL FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.– El fundamento o razón de ser de la sanción que se impone al au-

tor de un daño moral indica cuáles son los hechos que originan esta reparación; quién es el titular de la indemnización; cuál es el criterio adecuado para concretar la reparación; las condiciones de la transmisibilidad de la acción; por qué la acción está al margen de la subrogación por los acreedores; y cuál es el carácter de la sanción.

234. a) HECHOS QUE DAN LUGAR A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.– Para que cuadre imponer una sanción al causante del daño moral es menester, en pura teoría, que él haya obrado con la *maligna intención de producir* ese daño. Lo particularmente vituperable de su acción consiste en el agravio que el ofensor causa, invadiendo el ámbito espiritual del agraviado, y provocando a designio el mal que éste padece: he aquí 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. El sufrimiento que en esa hipótesis se padece será sin duda una desgracia, pero no provendrá de un agravio que exija un desagravio: falla entonces el presupuesto indispensable de la reparación.

Lo expuesto conduce a excluir del ámbito de la reparación del daño moral, a los hechos meramente culposos, carentes de intención maliciosa: así, los cuasidelitos, y desde luego, el incumplimiento de la obligación en que incurriere el deudor, que no fuere deliberado.

235. b) TITULAR DE LA REPARACIÓN.– Está habilitado para recabar la reparación del daño moral quien ha sufrido un agravio de esa índole, siempre que el ofensor no haya sido sancionado con anterioridad por la comisión del hecho. Pues si así fuera, el ofensor ya habría expiado su falta y con ello estaría satisfecha la justicia; no habría razón para imponerle una nueva sanción a causa del mismo hecho: *non bis in idem.*

Si se funda la reparación del daño moral en la tesis del "resarcimiento", se llega necesariamente a conceder el derecho a la indemnización a favor de toda persona que sufra un daño de esa índole, con lo cual se abre la posibilidad insensata de que un mismo hecho pueda originar infinitas indemnizaciones y aplastar económicamente al responsable.

236. c) CRITERIO PARA FIJAR LA CUANTÍA DE LA REPARACIÓN.– Si la reparación del daño moral es una *sanción legal que mira al castigo del ofensor,* para establecer el *quantum* de la sanción habrá que atender, como en todo sistema represivo, a la personalidad y circunstancias del sancionado y a la gravedad de la falta cometida, a fin de graduar la importancia de la pena en función de esos factores.

Entre las circunstancias personales computables cobra mayor significación la condición de fortuna del responsable. Cuanto mayor sea ésta, más elevado tendrá que ser el importe de la pena.

Ninguna influencia debe ejercer en la determinación de la cuantía de la sanción, la circunstancia de haber o no sufrido el damnificado daños materiales, paralelamente, a causa del mismo hecho. Son lesiones de índole diferente, cuyo remedio se procura mediante regímenes jurídicos distintos.

237. d) TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN REPARATORIA.– La acción conducente a la reparación del agravio moral no se transmite a los herederos y sucesores universales del agraviado, a menos que hubiese ya sido entablada por el difunto (conf. art. 1099). Ello es así porque el damnificado es el único dueño de la decisión de procurar la imposición de una pena privada.

238. e) EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR LOS ACREEDORES DEL AGRAVIADO.– Por la misma razón expuesta precedentemente, los acreedores del lesionado moralmente no pueden demandar, por vía de la acción subrogatoria, la reparación del agravio moral.

239. f) CARÁCTER PUNITORIO DE LA REPARACIÓN.– De todo lo expuesto surge con nitidez el carácter punitorio, y no resarcitorio, que corresponde a la reparación del agravio moral, carácter que ha admitido la jurisprudencia aun reciente pero no unánime. Las consecuencias de esta concepción son:

a) Tratándose de una pena privada, se extingue el derecho a su imposición con la muerte del autor del daño moral. La acción no se da contra los sucesores del responsable, a diferencia de lo que ocurre en materia de daños patrimoniales, lo cual no se explica si se piensa que la reparación tiene carácter resarcitorio.

b) No obstante, si el hecho perjudicial ha sido cometido por un dependiente, es posible hacer valer la reparación del daño moral contra el

principal (conf. art. 1113, Cód. Civil), quien garantiza a los demás por los yerros de sus subordinados.

240. DERECHO COMPARADO.– En materia de daño moral es posible clasificar las legislaciones extranjeras en tres grupos.

a) Países de codificación anterior a este siglo, que no mencionan explícitamente el daño moral: códigos francés, chileno y colombiano.

b) Países que sólo admiten la reparación del daño moral en supuestos de excepción: códigos alemán, civil suizo y suizo de las obligaciones, polaco de las obligaciones e italiano.

c) Países que aceptan la resarcibilidad de cualquier daño moral, tales como los códigos japonés, mexicano, peruano, venezolano y libanés.

241. SISTEMA DEL CÓDIGO DE VÉLEZ: DISCUSIÓN Y CRÍTICA.– En la comprensión del sistema del Código se han formulado diversas opiniones que es posible clasificar en cuatro corrientes doctrinarias distintas.

242. a) TEORÍA DEL RESARCIMIENTO AMPLIO.– Según esta tesis, el daño moral es siempre indemnizable, pues sería menester un texto expreso que excluyera su resarcimiento en algunos supuestos, a fin de que en ellos hubiese que eliminar la computación del daño moral. Pero como esa exclusión está ausente del Código, ha de concluirse que la reparación del daño moral es un elemento de toda indemnización.

Sin embargo, esta tesis olvida que la reparación del daño moral queda al margen de la teoría general de la responsabilidad. Por lo tanto, su aplicabilidad requiere una disposición especial que no puede ser suplida por la inadecuada invocación de los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil.

243. b) TEORÍA DEL RESARCIMIENTO EN TODA CLASE DE HECHOS ILÍCITOS.– Esta teoría maneja argumentos similares a la tesis anterior pero de hecho se ubica en la materia de la responsabilidad extracontractual, sosteniendo que los arts. 1068, 1075 y 1083 autorizan el resarcimiento del daño moral proveniente de cualquier hecho ilícito, sea un delito civil, o un cuasidelito.

Esta comprensión tiene el inconveniente esencial, que la arruina desde el punto de vista de la hermenéutica, de convertir en enteramente inútil al art. 1078 del Código de Vélez.

244. c) TEORÍA DE LA REPARACIÓN EN LOS DELITOS CRIMINALES, SEAN DELITOS CIVILES O CUASIDELITOS.– Era la tesis más difundida y a la que se atuvo, en general, la jurisprudencia. En este sentido, las ex Cámaras Civiles 1ª y 2ª de la Capital Federal reunidas en tribunal plenario, decidieron que en las obligaciones derivadas de delitos y cuasidelitos civiles no procede la indemnización por daño moral, cuando no hay condena criminal (*in re* "Iribarren c/Sáenz Briones", *J.A.*, 1943-I-844, o *L.L.*, 29-704).

Se argumentaba diciendo que el daño moral es, por definición, *insusceptible de apreciación pecuniaria,* por lo cual queda al margen de los principios generales que gobiernan la responsabilidad extracontractual contenidos en los arts. 1067 a 1069 del Código Civil. Pero no obstante ello, una regla *excepcional* –la prevista en el art. 1078– introduce la reparación del agravio moral "si el hecho fuese un delito del derecho criminal...", sin que sea necesario distinguir al respecto entre delitos civiles y cuasidelitos. Es decir, que cualquier hecho ilícito civil, si al propio tiempo es un delito criminal, obliga al responsable a la reparación del agravio moral. Esta asimilación surge de lo dispuesto por el art. 1109, segunda parte, en cuanto la obligación de reparar "es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil".

245. d) TEORÍA DE LA REPARACIÓN SÓLO EN LOS DELITOS CIVILES QUE SEAN, AL PROPIO TIEMPO, DELITOS CRIMINALES.– Esta es la interpretación que estimamos adecuada, del Código de Vélez, pues es la congruente con el fundamento de la sanción que en esta hipótesis se impone al responsable y consiguientemente con la naturaleza "represiva" y no "resarcitoria" de la reparación del agravio moral.

Si este tipo de reparación tiene el sentido de una pena, no ha de ser pasible de ella sino quien con *pleno designio* ha obrado el hecho que la ley reprueba. Para que la sanción sea legítima debe ser condigna a la acción que se reprime con ella: de ahí que no quepa condenar a alguien a reparar un agravio inexistente por la ausencia de la intención de inferirlo. En los cuasidelitos, el daño que el agente provoca es inintencionado, y si aún subsiste razón suficiente para poner a su cargo el resarcimiento de los daños patrimoniales ocasionados, puesto que cada cual debe velar para no dañar a otro por su culpa, ya no lo hay para obligarlo a reparar una ofensa –el agravio moral– que no ha cometido ni ha podido cometer por ausencia de un elemento esencial de la ofensa, como es la intención de ofender.

246. CRÍTICA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO.– La distinción que formulaba el codificador entre los delitos civiles que configuran delitos criminales, por una parte, y aquellos otros que no revisten ese carácter, para poner o no a cargo del autor la reparación del daño moral sufrido por la víctima, no tenía, en el terreno de los principios, bastante fundamento. Lo que importa es la *intención* con que se obra el daño moral; de ahí que no deba quedar impune quien ya en el incumplimiento de obligaciones convencionales, ya en la comisión de hechos ilícitos, actuare maliciosamente, es decir, con *dolo*.

247. LEY 17.711: CRITERIO LEGAL Y CONSECUENCIAS.– Luego de la sanción de la ley 17.711, el sistema de Vélez Sarsfield acerca de la reparación del agravio moral ha quedado fundamentalmente alterado a través de la nueva redacción que se ha dado a los arts. 522 y 1078. En efecto, ahora se admite la reparación del agravio moral también en el ámbito contractual, pero es importante apuntar que esa reparación no aparece como un derecho estricto del agraviado, sino como una posibilidad de que el juez haga funcionar una atribución que la ley ha remitido a su prudencia y discreción.

Por otra parte, la reforma tiene el acierto de contemplar –tanto en materia contractual como extracontractual– *la reparación del agravio moral,* no de cualquier daño moral.

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.*

Por ello sólo hay razón suficiente para imponer una sanción al causante de un daño moral cuando él ha obrado con la maligna intención de producir ese resultado. El agravio moral es un presupuesto de la condigna reparación.

Es común sin embargo, que los tribunales no diferencien el agravio del simple daño moral y que apliquen un régimen uniforme, al respecto.

XIV. RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y EL DAÑO

248. CUARTO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.– Corresponde considerar ahora el último presupuesto de la responsabilidad civil, esto es, la *relación de causalidad* entre el hecho obrado por la persona a

quien se intenta responsabilizar y el daño sufrido por quien pretende ser acreedor a una indemnización.

249. CAUSALIDAD MATERIAL Y CAUSALIDAD JURÍDICA.– El derecho no se satisface con una pura relación de *causalidad material,* puesto que no es *una física de las relaciones humanas.* En efecto, aun averiguado que tal hecho deba aceptarse como causa de tal efecto dañoso (causalidad material), esto solo no basta para concluir que el autor de aquel hecho tenga que afrontar la reparación del daño producido. Antes de ello, el derecho se preguntará *si es justo* que así sea, pues todas las conclusiones a que él llega están contempladas bajo el prisma de la *justicia.* De ahí que, según la índole del hecho originario del daño, y especialmente de acuerdo al *reproche o censura* que merezca la conducta en cuestión, será menester dilatar o restringir aquella relación de causalidad material, para que resulten o no comprendidos en ella tales o cuales consecuencias del hecho originario. De ese *ajuste,* o corrección, bajo el prisma de la *justicia,* del nexo de causalidad material, surge la *causalidad jurídica,* es decir, la que el derecho computa a los fines pertinentes de la responsabilidad, y la *extensión del resarcimiento*.

250. DOCTRINAS ACERCA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.– Distintas doctrinas se han formulado con respecto al criterio de apreciación que permite saber cuándo existe relación de causalidad entre un hecho y un daño.

251. a) TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES.– Según esta concepción, es causa de un daño determinado cualquier *condición sine qua non del mismo.* Basta que el daño no se hubiera efectuado sin la existencia de cierto hecho para que ese hecho pase al rango de causa suya.

Esta tesis resulta impracticable en el plano jurídico porque amplía exageradamente la responsabilidad, y destruye todo principio ético-jurídico al poner a cargo del agente, cualquiera fuere su intención, todas las consecuencias, aun casuales y remotas, de su obrar: el caso fortuito no excusaría la responsabilidad.

252. b) TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA.– Esta tesis considera que la causa es el antecedente o factor temporalmente inmediato de un resultado. Los demás hechos que influyen más lejanamente en la producción de ese resultado, son sus "condiciones", pero no su causa.

30

Esta concepción trasunta un análisis simple y superficial. Reposa en la creencia de que el factor que provoca directamente un daño, lleva en sí toda la virtualidad nociva suficiente, lo que permite prescindir de otras averiguaciones. Pero aparece desmentido con frecuencia: muchas veces la carga de nocividad efectiva no está en el último factor actuante, sino en otro que le precede.

253. c) TEORÍA DE LA CONDICIÓN PREPONDERANTE.– Partiendo de la tesis anterior, varios autores alemanes identifican como la causa de un resultado dañoso, a la *condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos para la producción del daño.* Es ciertamente una condición *sine qua non,* pero no cualquiera, sino la que entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

254. d) TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE.– Casi idéntica a la anterior, de la que sólo se diferencia por la denominación, esta doctrina parte de un postulado opuesto al de la teoría de la equivalencia de las condiciones (véase *supra,* nº 251). Entre las condiciones necesarias de un resultado no son todas equivalentes, sino al contrario, de eficacia distinta. *Sólo cabe denominar causa a la condición más eficaz o más activa para la producción del evento en cuestión, o sea la dotada de mayor fuerza productiva.* Otros autores de esta misma tendencia aprecian la eficiencia de la causa con un criterio cualitativo, y elevan a la categoría de causa a la condición de mayor eficacia interna en el proceso causal.

255. e) TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA.– Según este punto de vista la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe *entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas.* No todas las condiciones *sine qua non* del daño son equivalentes: sólo la condición que *típicamente* origina esa consecuencia dañosa puede ser retenida por nuestra mente en el carácter de *causa adecuada* del daño.

256. EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO.– Cuando el juez tiene ante sí el problema referente a la *extensión* del resarcimiento debido por el responsable, comenzará por establecer si el daño probado por el demandante reconoce su causa eficiente en el hecho imputado al responsable, para lo cual se auxiliará con las simples nociones de filosofía elemental. Si así fuera, tendrá por existente un nexo de causalidad *material* entre el hecho

del responsable y el daño producido. Pero como ello no basta para admitir la obligación de resarcir el daño producido, se requiere que ese nexo de causalidad material sea asimismo *jurídicamente relevante,* es decir, que encuadre en algunos de los tipos de causalidad que la ley toma en cuenta en la teoría de la responsabilidad. Cuando la mera *causalidad material* pueda ser captada por alguna de las categorías legales habrá pasado a ser *causalidad jurídica,* que es lo que importa en la tarea de medir la *extensión del resarcimiento.* Esto nos conduce a estudiar el sistema de la ley a este respecto, que se concreta en el examen de los tipos de causalidad que, según las situaciones, ha contemplado el legislador.

257. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CUESTIÓN.– En el *Derecho Romano,* aunque no parece haberse precisado la extensión de la relación de causalidad, según algunos autores, en materia de responsabilidad contractual se distinguían los daños en *previstos e imprevistos* limitándose el resarcimiento a los primeros, sin introducir variante alguna en la cuantía de la indemnización por razón de la culpa o dolo del deudor. Sin embargo, *de hecho, aunque no de derecho,* se concretaba una indemnización más amplia si el deudor obraba dolosamente, porque se consideraba que al obrar deliberadamente él había podido prever las consecuencias dañosas de su incumplimiento.

La *antigua legislación española* no contiene disposiciones expresas a este respecto, por lo que es de suponer que se seguía aplicando el criterio del Derecho Romano.

El pensamiento de Pothier cobra singular relieve por haber sido la fuente que inspiró a nuestro codificador en esta materia. Este autor distingue con nitidez los supuestos de *dolo* y de mera *culpa* del deudor. En caso de *culpa,* que será el supuesto más frecuente, la responsabilidad del deudor sólo cubre los *daños intrínsecos* que causare su incumplimiento, y los daños *extrínsecos previstos* por aquél al tiempo de contratar. En caso de *dolo,* la responsabilidad se extiende a todos los daños *extrínsecos, previstos e imprevistos.* Pero nunca alcanza hasta las consecuencias *lejanas e indirectas* de la inejecución de la obligación.

El *Código Napoleón* siguió con leves variantes el rumbo marcado por Pothier. Admite la distinción entre el *dolo* y la *culpa* del deudor, y clasifica los daños en *directos e indirectos*, y en *previstos e imprevistos.* Los daños indirectos están al margen de todo resarcimiento, aun mediando dolo del deudor. Los daños directos son los únicos computables para fijar la indemnización y se subdividen en previstos e imprevistos. De los daños

previstos responde siempre el deudor, sea que haya obrado con dolo o con culpa. De los daños imprevistos no responde el deudor meramente culposo, pero sí el que obra con dolo de su parte.

La distinción entre los daños previstos e imprevistos no juega en la responsabilidad proveniente de los hechos ilícitos. Por lo tanto, en ese sector, la culpa obliga a responder también por los daños imprevistos.

258. SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL.– En nuestra propia legislación se han deslindado dos campos distintos que están sujetos a principios que definen la relación causal jurídicamente relevante con arreglo a criterios en parte diferentes. De ello surgen *dos* regímenes distintos referentes a la *extensión del resarcimiento:* uno juega en la *responsabilidad contractual;* otro, en la *responsabilidad extracontractual.*

259. 1) EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. PRINCIPIO GENERAL.– A este respecto el art. 520 señala que "en el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación".

La disposición transcripta es capital en esta materia, pues caracteriza la relación de causalidad que liga al *incumplimiento* (o retardo según el caso) de la obligación, con el *daño* que reconoce en ese hecho su causa adecuada, sin distinguir la culpa o dolo del deudor, que en este tipo de causalidad no constituye en principio un elemento computable, de diferenciación.

Tal relación de causalidad se define por dos calificaciones que es menester esclarecer, a saber: qué es una consecuencia *inmediata* y qué es una consecuencia *necesaria,* porque, según el precepto que se analiza, sólo será resarcible el daño que haya producido el incumplimiento del deudor en el carácter de *consecuencia inmediata y necesaria* suya. Quedan, pues, al margen del resarcimiento, en principio, los daños que fueren consecuencia *mediata y no necesaria* del incumplimiento del deudor.

260. a) QUÉ ES CONSECUENCIA INMEDIATA.– El art. 520 no define qué es una consecuencia inmediata, ni era menester que lo hiciera pues de ello se ocupa el art. 901, según el cual "se llaman en este Código *consecuencias inmediatas*, las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas".

Por tanto, toda vez que el daño sufrido por el acreedor se siga, normalmente y de ordinario, del hecho del incumplimiento de la obligación, tal daño deberá ser identificado como una *consecuencia inmediata* de semejante hecho, que será su *causa jurídica.* La nota al art. 520 corrobora esta comprensión.

261. b) QUÉ ES CONSECUENCIA NECESARIA.– La consecuencia es necesaria cuando el hecho que la origina no es por sí indiferente en la producción de ese resultado: no es algo contingente, que puede ser o no ser, sino que acontecido el incumplimiento del deudor, se habrá de seguir verosímilmente aquella consecuencia.

El concepto de consecuencia necesaria debe entenderse conjuntamente con el de consecuencia inmediata, tal como está en el art. 520. Según ello, *el deudor responde por el daño que reconoce precisamente en el incumplimiento obrado por él su causa adecuada* (consecuencia necesaria), *según el curso natural y ordinario de las cosas* (y por ello se trata de una consecuencia inmediata).

262. AMPLIACIÓN DEL RESARCIMIENTO EN CASO DE DOLO DEL DEUDOR.– Si el incumplimiento que origina la responsabilidad del deudor hubiere sido obrado *dolosamente,* la relación de causalidad es ampliada por la ley, y ya no se detiene en las *consecuencias inmediatas* del hecho, sino que abarca hasta las *consecuencias mediatas* del hecho del deudor pero quedan al margen del resarcimiento las *consecuencias casuales.* Esto es lo que surgía de la correcta interpretación del antiguo art. 521 que había suscitado controversias en la doctrina nacional.

263. EL ANTIGUO ART. 521: DISCUSIÓN INTERPRETATIVA.– La mayor parte de los autores consideraban que el verdadero texto del art. 521 era el siguiente: "Aun cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes".

Otros autores, en cambio, entendían que la frase final del artículo debía estar precedida del adverbio "no", de manera de quedar la frase final así: "...*y no* los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes".

La variante era fundamental, pues estaba en juego el alcance de la indemnización a favor del acreedor, en el supuesto de dolo del deudor. Con el discutido "no", toda diferencia entre el comportamiento del deudor, obrado con *dolo* o *culpa,* desaparecía. Por el contrario, sin el "no" en cues-

tión, mediaba sustancial diferencia entre la conducta *dolosa* o *culposa* del deudor, pues mientras la primera obligaba al resarcimiento de los daños intrínsecos y extrínsecos que se habían ocasionado, la segunda sólo imponía, en virtud de lo dispuesto en el art. 520, la reparación de los daños intrínsecos, o sea los concernientes al objeto mismo de la obligación.

El análisis del art. 521 sin el "no" –que fue interpolado en una edición privada de Pablo E. Coni de 1874 y luego pasó a la edición oficial "La Pampa", de 1883– efectuado en correlación con lo dispuesto en el art. 520, permitía sentar la siguiente conclusión: El deudor que obraba dolosamente el incumplimiento de la obligación, respondía por los daños extrínsecos sufridos por el acreedor que fueran consecuencia mediata de tal incumplimiento, en la medida en que el hecho hubiere cooperado en la realización del daño. No respondía por las consecuencias casuales de su acto.

Esta interpretación hacía jugar las distintas partes del art. 521, sin roce entre ellas, y sin contradecir las directivas fundamentales a que se había atenido el codificador.

Las decisiones de los tribunales habían evolucionado en el sentido de la eliminación del discutido "no" del art. 521 y por consiguiente extendían la responsabilidad del deudor doloso a los daños extrínsecos sufridos por el acreedor.

264. MODIFICACIÓN DEL PRECEPTO POR LA LEY 17.711: ALCANCE DEL CRITERIO LEGAL.– El nuevo texto del art. 521 tiene la ventaja de la simplicidad y de haber superado el espinoso problema de hermenéutica que el viejo precepto había suscitado. La reforma mantiene la dualidad de la responsabilidad del deudor según que en el incumplimiento haya obrado con culpa –es el supuesto del art. 520– o que lo haya hecho con dolo, consistente en la "inejecución maliciosa" (nuevo art. 521) de la obligación.

Por *inejecución maliciosa* de la obligación ha de entenderse que es la practicada *ex profeso* o de propósito, no cumpliendo el deudor lo que debía y podía cumplir. Es una *malicia específica* referida al deber de prestar que pesa sobre el deudor.

De tal modo se aclara la agravada responsabilidad del deudor que infringe deliberadamente el deber que pesa sobre él y frustra a designio la expectativa del acreedor, sin que sea menester la demostración de "la intención de perjudicar" que en la especie implica una prueba diabólica por la extrema dificultad de su producción. Pero si se llegara a esa comprobación el deudor sería pasible de una responsabilidad *delictual* todavía más

grave que la *contractual dolosa* prevista en el nuevo art. 521, para cuya configuración no obsta el art. 1107 sólo aplicable a los cuasidelitos.

La ley 24.432 agregó al final del art. 521, el siguiente párrafo: "En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del art. 505".

265. 2) LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACUAL. PRINCIPIO GENERAL.– En el *sistema de nuestro Código,* la relación de causalidad que juega en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es más prolongada que la delimitada anteriormente (véase *supra,* núms. 258-261).

Como *principio general* en esta materia, integran el resarcimiento los daños que son consecuencia *inmediata* del hecho determinante de la responsabilidad. Asimismo son computables las consecuencias *mediatas* si se traducen en daños *previstos* por el agente, o si eran *previsibles,* aunque de hecho no hubieran sido previstos. Por el contrario, no son computables las *consecuencias casuales* del mismo hecho. Tal el régimen resultante de los arts. 903, 904 y 905, parte inicial.

266. COMPARACIÓN.– En la responsabilidad *contractual,* el deudor culposo responde por los daños que sean consecuencia *inmediata y necesaria* de su incumplimiento: es la relación de causalidad más exigua.

En la responsabilidad *extracontractual,* la conexión causal se amplía y abraza hasta las consecuencias *mediatas previsibles,* que no estaban computadas en la conexión causal precedente. Con ello, la ley configura un nuevo tipo de relación causal que se distingue de la anterior.

267. AMPLIACIÓN DEL RESARCIMIENTO EN CASO DE DOLO DEL AGENTE.– Cuando el autor del hecho ilícito actúa con dolo, es decir, con intención de dañar las personas o los derechos de otro (art. 1072), ahora sólo responde de las consecuencias casuales que derivan del hecho, cuando las hubiere previsto al tiempo de obrar, conforme al principio del art. 905. En cambio, la eliminación del antiguo texto del art. 906 ha excluido otras posibilidades de responder por daños imprevisibles.

268. COMPARACIÓN EN LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE DOLO.– El deudor que incumple dolosamente su obligación responde hasta por los daños que sean consecuencia *mediata previsible* de su incumplimiento, en la *medida* en que tales daños fueren ocasionados por su hecho (véase *supra,* nº 262).

El agente que comete un delito civil, es decir, que realiza un acto ilícito con *dolo* (conf. art. 1072), tiene una responsabilidad más amplia que

el deudor doloso, porque responde hasta por las consecuencias *casuales* en la *medida* que hubiere previsto la posibilidad de su ocurrencia al tiempo de obrar.

Cuadra observar que la noción de *dolo* es distinta en ambos campos de responsabilidad aludidos. Por tanto puede ocurrir que una misma conducta quede encuadrada en uno y otro supuesto de responsabilidad: así será cuando el deudor actúe con dolo delictual obrando el incumplimiento de la obligación "a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos" del acreedor (conf. art. 1072). Se presentará ahí una *acumulación* de responsabilidad que permitirá al acreedor que pruebe el dolo delictual, ubicar el caso en el sector para él más favorable, o sea en la responsabilidad extracontractual.

269. DISTINTOS TIPOS DE CAUSALIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTES.– Lo expuesto hasta aquí demuestra que la ley no tiene un *criterio uniforme* para establecer la relación de causalidad entre el *hecho* generador de la responsabilidad y el *daño* resarcible. Según sea la *naturaleza* del hecho (incumplimiento de obligación o comisión de acto ilícito) y la *intención* del agente (dolo o culpa) la ley acorta o alarga la conexión causal, siempre en procura de la solución más justa, lo cual origina los *distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes*:

A) *Causalidad adecuada*, es la que vincula a un hecho antecedente y otro consecuente, cuando el primero tiene la virtualidad de producir al segundo, según el curso natural y ordinario de las cosas, sea por sí solo, sea por la conexión de otro hecho que invariablemente acompaña al primero. Este tipo de conexión causal es tomado en cuenta en cualquier supuesto de responsabilidad para medir el daño resarcible.

B) *Causalidad mediata previsible,* es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, que solamente resulta por la conexión del hecho primero con un acontecimiento distinto (conf. art. 901, 2ª parte). Es una causalidad *eventual,* pero previsible. Es *eventual,* porque la conexión de la cual derivó el efecto dañoso era un suceso contingente o incierto. Pero es *previsible,* porque tal conexión de hechos constituía una contingencia probable. Puesto, así, el primer hecho, podía advertirse su posible conexión con el acontecimiento distinto (concausa), de lo cual ha provenido el efecto dañoso.

Este tipo de relación causal no es tomado en cuenta en el ámbito de la responsabilidad *contractual* meramente *culposa.* Pero sí se la computa

para fijar el daño resarcible, en la responsabilidad *contractual-dolosa y extracontractual-culposa* (conf. arts. 521 y 904). Sólo que, resultando el efecto dañoso de una *concausa,* cabe efectuar la asignación parcial de ese efecto al hecho originario, *en la medida de la eficiencia causal* de este último, para que la obligación resarcitoria del responsable no exceda de esa misma proporción.

C) *Causalidad fortuita o casual,* es la conexión entre un hecho y una imprevisible derivación del mismo (conf. art.901, *in fine.*). Luego de la vigencia de la ley 17.711, que eliminó el antiguo art.906, esta relación de causalidad tiene escasa importancia, ya que sólo es computada en una hipótesis muy particular: en materia de delitos civiles es resarcible el daño que ha sido consecuencia casual del hecho, sólo cuando es el resultado de las miras que tuvo el responsable al ejecutar el hecho (conf. art. 905).

XV. CLAUSULA PENAL

270. CONCEPTO.– Se denomina cláusula penal a la estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si lo cumpliere tardíamente (conf. art. 652).

271. FUNCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: SU RELACIÓN CON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.– La cláusula penal desempeña una *función ambivalente.*

a) En primer lugar, tiene una *función resarcitoria,* porque importa una liquidación convencional, por anticipado, de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor (ver art. 522).

Esta vinculación de la cláusula penal con la teoría de los daños y perjuicios, hace aplicable, en general, los principios de dicha teoría a esta materia.

Aunque de ordinario la cláusula penal llena esta función resarcitoria, no es forzoso que tenga tal carácter. Aun los deberes de conducta que no importan obligaciones *stricto sensu,* por ser de contenido insusceptible de apreciación pecuniaria, pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales, que no funcionarán como resarcitorias.

b) En segundo lugar, la cláusula penal tiene también una *función compulsiva* en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al

32

deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena, que puede ser harto gravosa.

Este carácter, aunque normal en la cláusula penal, no es esencial a ella. Por último, la cláusula penal puede ser *puramente compulsiva:* así ocurre cuando accede a una obligación natural (conf. arts. 518 y 666).

272. MÉTODO DEL CÓDIGO: CRÍTICA.– El Código legisla esta materia en conexión con la clasificación "de las obligaciones con relación a su objeto"; es un método impropio, porque la cláusula penal no configura una determinada clase de obligaciones, por razón de la peculiaridad de su objeto, sino que es un dispositivo que puede ser incorporado a cualesquiera obligaciones, para acrecentar o restringir su eficacia: de ahí que su tratamiento adecuado tenga su sede en el capítulo de los principios referentes a los *efectos de las obligaciones*.

273. ORIGEN HISTÓRICO Y FINALIDAD PRÁCTICA.– La estipulación de una pena comenzó probablemente por ser, en Roma, el único medio de hacer obligatorios los compromisos que tenían por objeto algo distinto del dinero. Luego, cuando toda clase de obligaciones se tornaron exigibles mediante la ejecución de los bienes del deudor, también se siguió practicando esta estipulación por las ventajas que significaba para las partes.

En el derecho moderno la cláusula penal es de uso frecuente, pues presenta la *finalidad práctica* de facilitar el ejercicio de los derechos del acreedor, en cuanto exime a éste de la prueba del daño experimentado por la inejecución del deudor, y lo libera del arbitrio judicial acerca de la apreciación del daño. Desde el punto de vista del deudor, es igualmente ventajosa, porque *limita su responsabilidad* al importe fijado, liberándolo de la contingencia de tener que hacer frente a una indemnización excesiva para sus posibilidades económicas.

274. CLASIFICACIÓN.– Según que la imposición de la pena corresponda a la mera demora en la inejecución de lo debido o al incumplimiento definitivo de la obligación, la cláusula penal se clasifica en *moratoria y compensatoria*.

La cláusula penal *moratoria* supone el posible ulterior cumplimiento tardío de la obligación, y sujeta al deudor al pago de una multa por ese retraso. Por tanto, el acreedor puede *acumular* el beneficio que le representa el cumplimiento de la prestación, con el importe de la *pena* que entra en sustitución de los *daños y perjuicios moratorios* (conf. arts. 655 y 656).

La cláusula penal *compensatoria* actúa en la hipótesis de una inejecución definitiva del deudor. Por tanto, no hay acumulación, sino *sustitución* del objeto debido por el importe de la pena, que reemplaza a los *daños y perjuicios compensatorios*.

275. CARACTERES.– La obligación impuesta por la cláusula penal presenta los siguientes caracteres:

a) Es *accesoria*, pues su existencia depende de la obligación principal.

b) Es *subsidiaria*, porque entra en sustitución de la prestación principal, no pudiéndose acumular a ella a menos que la pena se haya pactado en función del mero retardo en la ejecución (conf. art. 659, frase 2ª).

c) Es *inmutable*, en cuanto el importe de la pena, en principio, no es susceptible de alteración (conf. arts. 655, parte 2ª y 656).

d) Es *condicional*, porque su efectividad está subordinada a la inejecución de la prestación principal.

e) Es *definitiva*, ya que practicado el hecho condicionante de la pena, queda fijado en el patrimonio del acreedor el derecho a obtener el emolumento correspondiente.

f) Es de *interpretación estricta*, pues supone un derecho excepcional del acreedor. De ahí que pactada una cláusula penal para el incumplimiento, no puede trasladarse para la simple demora.

276. COMPARACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL CON OTRAS OBLIGACIONES: a) *Cláusula penal y obligación alternativa.*– No hay posibilidad de confundir ambas figuras: 1) en la obligación *alternativa*, todas las prestaciones debidas tienen el mismo rango y paritariamente constituyen el objeto de la obligación; en cambio en las obligaciones con cláusula penal, ésta es una prestación accesoria; 2) por ello, si en las obligaciones alternativas se pierden por caso fortuito, algunas de las prestaciones debidas, la obligación subsiste con respecto a las demás prestaciones existentes; en cambio en la obligación con cláusula penal, si se pierde la prestación principal, nada se debe, pues la obligación se extingue; 3) lo típico de las obligaciones alternativas radica en la elección del objeto de pago que ellas implican; en cambio, en las obligaciones con cláusula penal no hay elección: no

puede el deudor elegir pagar la pena en lugar de cumplir y tampoco puede el acreedor elegir la pena, salvo que el deudor se encuentre en mora (conf. art. 655).

277. b) *Cláusula penal y obligación facultativa.* – No obstante presentarse en ambos casos una prestación principal y otra accesoria, la distinción es patente. Si se las mira del lado del deudor, en la obligación facultativa el obligado está autorizado a cambiar una prestación por otra, mientras que en la obligación con cláusula penal, el deudor carece de esa facultad. Si se mira del lado del acreedor, se observa que en la obligación con cláusula penal éste puede imponer el cambio de la prestación luego de producida la mora, mientras que carece de este derecho el acreedor de una obligación facultativa.

278. c) *Cláusula penal y obligación condicional.* – En la obligación con cláusula penal el vínculo es firme y seguro, y el derecho del acreedor cierto y actual. En cambio, en la obligación condicional, el mismo vínculo comienza por ser incierto, y consiguientemente, el derecho del acreedor es eventual.

279. d) *Cláusula penal y arras. Pacto de displicencia.* – La estipulación de una seña o arras, en el ámbito del derecho civil (art. 1202), implica un *pacto de displicencia,* que reserva a ambas partes la facultad de arrepentirse del compromiso asumido.

Las diferencias entre ambas figuras son las siguientes: 1) la cláusula penal funciona sólo a favor del acreedor, mientras que la seña favorece a ambas partes; 2) el deudor sujeto a una cláusula penal no puede eximirse de la prestación pagando la pena (art. 658), en cambio puede hacerlo quien entregó o recibió una seña perdiendo la seña entregada o restituyendo doblada la seña recibida; 3) el acreedor con cláusula penal no puede rehusar recibir el pago para atenerse a la pena, en tanto que un acreedor con seña puede rechazar el pago devolviendo la seña doblada; 4) en caso de incumplimiento, la cláusula penal limita la indemnización, mientras que la seña no obsta al resarcimiento del mayor daño que sufriere el acreedor.

280. TIEMPO, FORMA Y MODALIDADES DE LA ESTIPULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.– A este respecto es soberana la voluntad de las partes.

En cuanto al *tiempo* de su institución, la cláusula penal puede convenirse en la misma fecha de creación de la obligación, o ulteriormente.

En cuanto a la *forma* de la cláusula penal, la ley no contiene exigencias especiales aplicándose los principios generales: puede ser verbal o escrita, aunque con sujeción a la restricción probatoria del art. 1193, ya que el acuerdo de las partes sobre la cláusula penal constituye un verdadero contrato.

En cuanto a las *modalidades* que puede revestir, son las propias de todas las obligaciones: la condición, el plazo y el cargo.

281. CAUSA O FUENTE DE LA OBLIGACIÓN PENAL.– La cláusula penal tiene como causa o título el contrato del que forma parte: como su nombre lo indica, es una cláusula del contrato. Pero el presupuesto de hecho que hace nacer la obligación de la pena es el incumplimiento del deudor.

282. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DE LA PENA.– Aunque de ordinario, el beneficiario de la pena y el obligado a ella son, respectivamente, el acreedor y el deudor de la obligación, no hay impedimento para que se disocien esas calidades y aparezcan terceras personas como beneficiarias o deudoras del importe de la pena.

Cuando el tercero asume la obligación accesoria de pagar la pena, se presenta ahí una especie de fianza que se rige por las reglas de este contrato.

Cuando se pacta el beneficio de la pena a favor de un tercero (conf. art. 653) éste no lo adquiere en el momento del incumplimiento del deudor, sino luego de la opción del acreedor en el sentido de hacer efectiva la pena, pues debe tenerse presente que aquél puede elegir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación, si resulta factible.

283. OBJETO DE LA PENA.– Cualquier clase de prestación puede constituir el objeto de una cláusula penal, se trate de la entrega de una cosa cierta o incierta, de una suma de dinero, de un hecho o de una abstención (conf. art. 653), pues siendo la obligación penal una clase abstracta de obligaciones, se rige por los principios que gobiernan el género (obligaciones), a que pertenece. De ahí que el objeto de la pena deba ser: posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y legítimo.

284. INMUTABILIDAD DE LA PENA.– Según se ha visto (*supra,* nº 275) la inmutabilidad de la pena constituye un carácter típico de la cláusula penal, y hasta podría decirse que es su rasgo más definido, lo cual condice con la finalidad práctica de su institución, ya que comunica al negocio una gran

33

seguridad en cuanto a sus perspectivas futuras. Este principio reposa en el acatamiento que merece la voluntad de los particulares, en la definición de los derechos respectivos, cuando no se lesiona el orden público o la moral.

Pero esta misma subordinación de la inmutabilidad de la pena, a las exigencias del orden público y la moral, muestra que no debe ser entendida como un principio absoluto. La inmutabilidad de la pena señala una orientación para el juez; es una directiva saludable que hace a la eficacia de la institución, pero que debe ceder cuando entra en conflicto con los principios superiores que rigen la convivencia humana.

285. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– Según el *Derecho Romano* la pena era inmutable. Sólo cuando la pena era empleada para encubrir una estipulación de intereses usurarios, se admitía la modificación de su monto.

El *antiguo derecho francés* admitía la revisión de las penas convencionales, por los jueces, cuando su monto era excesivo.

El *Código Civil francés* se apartó de esa tradición jurídica, ateniéndose con todo rigor al principio romano de inmutabilidad.

El *derecho germánico* siguió una evolución diferente. El derecho consuetudinario romano-germánico se atenía al principio romano. Pero este criterio fue dejado de lado por el Código suizo de las obligaciones y el Código alemán, que admitieron la posibilidad de reducir el monto de las penas excesivas.

286. LEGISLACIÓN COMPARADA.– En la legislación extranjera pueden distinguirse tres orientaciones distintas:

a) La orientación tradicional romana que se atiene con estrictez a la inmutabilidad de la pena. Es el criterio de los siguientes códigos: francés, español, italiano de 1865, uruguayo, peruano y venezolano.

b) Una segunda orientación que subraya el carácter relativo del principio de la inmutabilidad, códigos suizo de las obligaciones, alemán, italiano de 1942, soviético, polaco de las obligaciones y peruano de 1936.

c) Una tercera orientación intermedia que acepta la reducción de la pena excesiva, hasta cierto límite tope que se considera legítimo, códigos brasileño, mexicano, chileno, boliviano y de Nicaragua.

287. EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.– Teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 522 y 656, se advierte que el legislador ha *independizado* el importe de la pena, del monto del daño. En principio, el acreedor tiene derecho a la pena, independientemente de toda prueba acerca del daño, y aunque el deudor pruebe que no media daño.

No obstante ello, cuando *de hecho* la cláusula penal desempeñe una efectiva función resarcitoria –lo que hace a la normalidad de su institución–, *no es posible ignorar enteramente* el real daño sufrido por el acreedor. Como todo pacto, también la cláusula penal queda sujeta a la directiva fundamental de subordinación a la moral y buenas costumbres (conf. art. 953).

Ello significa que el principio de inmutabilidad de la pena *no es absoluto.* Indica simplemente una orientación, un criterio a seguir, mientras no se suscite un conflicto con otro principio de mayor jerarquía, como es la vigencia de la ley moral, ante el cual debe ceder.

288. JURISPRUDENCIA.– En las decisiones judiciales prevalece el criterio que subordina la inmutabilidad de la pena a los principios rectores del ordenamiento jurídico, que consagran la supremacía del orden público y de la moral, sobre los fueros de la autonomía de la voluntad particular.

289. SANCIÓN QUE COMPORTA LA PENA EXCESIVA.– Según una primera opinión, los jueces, ante una cláusula penal excesiva, deben anularla pero no reducir la pena, pues carecen de atribuciones para enmendar las condiciones de los contratos.

Para otra tendencia que es la prevaleciente, como no es la cláusula penal la que repugna a la moral, sino la magnitud de la pena, lo que corresponde es la reducción de ésta a términos equitativos.

290. EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD DE LA PENA EN LA LEY 17.711.– El agregado que la ley 17.711 introduce al art. 656 viene a recoger la elaboración doctrinaria y jurisprudencial antes expuesta.

De acuerdo al nuevo texto, una pena es abusiva cuando el juez estima, prudencialmente, que existe una ausencia de equilibrio moral (desproporción) entre la importancia de la pena establecida y el reproche que merece la conducta del deudor; y siempre que hubiese mediado un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor, consistente en la obtención de "una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación (nuevo art. 954, cláusula 2º).

Por otra parte, la cláusula penal abusiva no se invalida totalmente, sino que es pasible de reducción. Es decir, se trata de una nulidad parcial. Esta nulidad es relativa y queda purgada si el deudor paga la pena sin reserva alguna. Sólo el deudor puede invocar la nulidad y el juez no puede pronunciarla de oficio.

290 bis. CLÁUSULA PENAL IRRISORIA.– ¿Qué ocurre si por cualquier circunstancia la pena pactada es ínfima en comparación con el perjuicio sufrido por el acreedor? Parecería que sin mengua del principio de la inmutabilidad, así como se reduce la pena excesiva, igualmente debería ser posible aumentar la pena irrisoria.

Sin embargo, opinaba Llambías que "las penas ínfimas anulan la obligación porque configuran una suerte de dispensa del dolo".

291. CASO DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR.– Este es un supuesto de limitación del principio de inmutabilidad. En efecto, cuando el deudor cumple en parte o deficientemente la prestación principal, y el acreedor acepta ese pago irregular, el importe de la pena se reduce proporcionalmente (conf. art. 660).

El *fundamento* de la solución radica en la imposibilidad legal de acumular el importe de la pena y la prestación principal. Si se permitiera al acreedor que recibe una parte del objeto debido, percibir la totalidad de la pena, quedaría autorizada aquella acumulación que impide el art. 659.

La deducción sobre el total de la pena se hace en función del valor de lo pagado con relación al valor de la prestación total.

El criterio legal de reajuste de la pena, en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación, presupone que el acreedor obtiene alguna utilidad de ese modo anormal de ejecución. Cabe a este respecto una presunción *juris tantum*: si el acreedor ha aceptado conscientemente ese pago ha de reputarse, mientras no se pruebe lo contrario, que le representaba algún provecho. Cabe agregar que la reducción proporcional de la pena, contemplada en el art. 660, no juega cuando por acuerdo de partes se haya establecido que pese a ser el incumplimiento sólo parcial, se deberá la totalidad de la pena. Con ello el acreedor podría acumular el importe total de la pena, con el beneficio representado por la prestación parcialmente satisfecha. No hay objeción para tal acumulación, por fundarse en el querer de las partes, que merece respeto por no contravenir principio alguno de orden público y referirse a una materia, como es la contractual, librada a la autonomía de la voluntad particular.

No obstante, si la antedicha acumulación importase un despojo del deudor, la cláusula que lo permitiera sería inválida, por contrariar las buenas costumbres.

292. CASO DE INCUMPLIMIENTO DOLOSO DEL DEUDOR.– Cuando el deudor incumple, dolosamente, la obligación, su responsabilidad no se limita al importe de la pena, sino abarca todo el daño sufrido por el acreedor que sea resarcible en los términos contemplados por el art. 521 (ver *supra*, núms. 262 y sigs.).

293. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.–. Encaramos aquí las particularidades que comunica al régimen de la obligación, la inclusión en ella de una cláusula penal.

294. a) EFECTO SUBSIDIARIO. PRINCIPIO DE NO ACUMULACIÓN.– Por razón del carácter subsidiario de la cláusula penal, el acreedor no puede acumular el importe de la pena a la percepción de la prestación principal. Producida la inejecución del deudor, el acreedor goza del *derecho de optar* entre exigir el cumplimiento específico de la prestación o bien atenerse al importe de la pena (ar. 659).

La opción del acreedor es irrevocable sólo cuando elige el importe de la pena: *electa una vía, non datur regressus ad alteram*. Si, en cambio, prefiere exigir el cumplimiento específico de la obligación, como ello corresponde a la normalidad de las facultades de cualquier acreedor (conf. art. 505, inc. 1°), que no resultan disminuidas por la existencia de la cláusula penal, debe entenderse que no renuncia a hacer valer los derechos emergentes de esta cláusula, sino que los posterga para un momento ulterior.

295. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE NO ACUMULACIÓN.– El principio recién expuesto no es absoluto. El art. 659 admite la acumulación, por excepción, si se trata de una *pena moratoria* (ver *supra,* nº 274), o si las partes han convenido que el pago de la pena *no extinga la obligación principal*. En esta segunda hipótesis, la cláusula penal llena una función puramente compulsiva, y resulta especialmente útil para asegurar la ejecución de deberes carentes de contenido pecuniario.

296. QUID DE LA ACUMULACIÓN DE UNA PENA MORATORIA Y OTRA COMPENSATORIA.– En principio, es posible la acumulación de una pena morato-

ria por la tardanza en el pago hasta cierto momento y otra compensatoria por la inejecución definitiva denunciada en ese mismo momento, porque responden a presupuestos no excluyentes el uno del otro: la conducta de mero retardo en que haya incurrido el deudor hasta un cierto momento, no queda absorbida por la conducta ulterior de incumplimiento definitivo.

297. NO ACUMULACIÓN DE LA PENA Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.– Si se trata de una pena *compensatoria* no puede acumularse con la indemnización de daños y perjuicios (art. 655). Pero tratándose de pena *moratoria,* es viable dicha acumulación siempre que el incumplimiento sea posterior a la demora que origina aquella pena.

298. b) EFECTO ACCESORIO DE LA CLÁUSULA PENAL.– La cláusula penal no tiene vida propia, constituye una estipulación accesoria de la obligación principal a la cual está adosada. De este carácter accesorio de la cláusula penal surgen las aplicaciones del principio *accesorium cedit principali* a que se refieren los arts. 663 y 665 (véase *supra,* nº 42).

299. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.– Por lo pronto, el art. 666 contempla supuestos de obligaciones principales *naturales,* en los cuales la cláusula penal tiene efecto, pese a que la obligación principal no da acción para exigir su cumplimiento: la cláusula penal que es accesoria tiene mayor virtualidad que la obligación principal, en esa hipótesis.

300. VENTA DE COSA AJENA.– Otro supuesto de excepción se presenta en la venta de cosa ajena, si el contrato contiene una cláusula penal a favor del comprador. En esa hipótesis, el comprador, acreedor, defraudado en la expectativa de adquirir la cosa, podría exigir el importe de la pena a título de indemnización, aunque el vendedor o el dueño de la cosa planteen la nulidad de la venta; en cambio si el propio comprador plantea la nulidad de la venta, no puede sostener simultáneamente la invalidez de la obligación principal y la validez de la obligación accesoria y la nulidad también arrasará con la cláusula penal.

301. CONTRATO DE OBJETO INEXISTENTE.– Es un supuesto análogo al anterior, que se gobierna por los mismos principios. Cuando la inexistencia del acto, en razón de su falta de objeto, fuese argüida por el deudor, éste puede sustraerse al pago de la pena (conf. arts. 1172 y 655). Pero si la inexistencia jurídica del acto es invocada por el acreedor de la pena, para

eximirse de las obligaciones que le impusiere ese mismo acto, entonces no podrá pretender simultáneamente el pago de la pena, por la imposibilidad de dividir la continencia del acto, que no puede ser y no ser al mismo tiempo.

302. EXCEPCIONES IMPROPIAS AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.– Fuera de los supuestos señalados, se presentan otros casos que si bien tienen la apariencia de escapar al principio de accesoriedad, se advierte, cuando se ahonda el análisis, que no es así.

303. 1) PENAS EN CONTRATOS POR CUENTA DE TERCEROS.– El art. 664 que aparenta mostrar una excepción al principio de accesoriedad, no tiene ese alcance, simplemente, porque no hay dos obligaciones de las cuales la accesoria fuera más enérgica que la principal. Dicho artículo plantea un supuesto de obligación condicional: alguien se somete al pago de una multa si un tercero declina asumir cierta obligación. Hay un solo deudor, que es el sujeto pasible de la multa.

304. 2) PENAS EN CONTRATOS A FAVOR DE TERCEROS.– Esta es una hipótesis de cierta analogía con la anterior. Se estipula que si el deudor de una obligación con respecto a un tercero, no la cumple, pagará una pena a favor del estipulante. Hay dos obligaciones, en cierto modo autónomas y principales: una a favor del tercero, y otra a favor del estipulante. Lo particular de la situación es que esta última obligación no es pura y simple, sino condicional: está subordinada a la condición suspensiva del incumplimiento de otra obligación con un tercero.

305. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.– La cláusula penal, aunque subsidiaria y accesoria, es por su naturaleza una verdadera obligación. Por tanto, queda regida por los principios generales de las obligaciones, salvo respecto de algunas cuestiones determinadas.

306. EXISTENCIA Y PRUEBA DEL DAÑO.– Ni la efectiva *existencia* del daño que provoca al acreedor el incumplimiento de la obligación principal, ni la *prueba* de dicho daño, son requisitos de la pretensión de la pena. El daño existe, por acuerdo de partes (conf. art. 1197), en la medida del importe de la pena.

307. IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO AL DEUDOR.– En materia de *imputabilidad* del incumplimiento al deudor, la cláusula penal se rige por los principios generales, no obstante la desafortunada expresión del art. 654 "aunque por justas causas", que debe entenderse en el sentido de no quedar exonerado el deudor por la concurrencia de motivos que puedan justificarlo subjetivamente, por ejemplo si decide no cumplir una obligación de hacer para dedicar su tiempo al cuidado de un pariente enfermo.

En cuanto a la *prueba* de dicha imputabilidad, también siguen funcionando los principios generales; al deudor le incumbe la prueba de la ausencia de imputabilidad de su incumplimiento.

308. MORA DEL DEUDOR.– No obstante la incoincidencia de los arts. 654 y 655, la doctrina de los autores estima casi sin discrepancias que la obligación con cláusula penal se rige por los principios generales en materia de mora, contenidos en el art. 509. La ley 17.711, no ha innovado en el régimen de constitución en mora de las obligaciones con cláusula penal.

309. CLÁUSULA PENAL Y OBLIGACIONES DE SUJETO PLURAL.– Nada impide que se inserte una cláusula penal en una obligación de sujeto múltiple. Examinaremos los distintos supuestos que pueden presentarse.

310. 1) PLURALIDAD DE DEUDORES.– El principio de la ley consiste en atender a la índole de la obligación accesoria, si la obligación principal es simplemente mancomunada –divisible o indivisible–. Sólo cuando la obligación principal es solidaria, se proyecta este carácter sobre el régimen de la obligación accesoria, divisible o indivisible.

311. a) *Pena divisible y obligación principal divisible o indivisible.*– Este supuesto es contemplado en el art. 661 que sienta con claridad el criterio de la división de la pena entre los distintos deudores, *en proporción a la parte de cada uno,* sin tomar para nada en cuenta la naturaleza divisible o indivisible de la prestación principal. Es la solución adecuada porque toma en cuenta la necesidad de que el incumplimiento, sea imputable a uno o más deudores, para que los culpables, y sólo ellos, sean pasibles de la multa, en la proporción correspondiente.

312. b) *Pena divisible y obligación principal solidaria.* – En este caso cada deudor debe toda la multa. Así lo impone el carácter solidario de la obligación principal, pues como la multa entra en sustitución del objeto debido en primer término, dicha multa, en calidad de prestación accesoria, sigue la suerte de la principal.

313. c) *Pena indivisible o solidaria.* – En el caso que nos ocupa, si aplicamos literalmente lo dispuesto en el art. 662, pareciera que todos los deudores, aun los que no hayan incurrido en la inejecución de la obligación principal, están sujetos a la totalidad de la pena. Sin embargo, este precepto, no obstante su letra, sólo determina el *modo* en que la pena indivisible o solidaria debe ser satisfecha: *íntegramente al acreedor.* Pero nada adelanta sobre *cuándo* debe satisfacerse, ni acerca de *quiénes* de los deudores son pasibles de la multa, todo lo cual depende de la índole y alcance de la obligación principal. No porque la pena sea indivisible o solidaria, serán merecedores de ella los deudores que hayan satisfecho apropiadamente la prestación principal a su cargo.

314. d) *Cuestión de contribución entre los deudores pasibles de multa.* – Esta cuestión se suscita siempre que por la índole de la pena, los deudores que la solventaran a favor del acreedor, estuviesen precisados a satisfacer una cuantía superior a su cuota. De ahí que en tal hipótesis se abra a favor de ellos una *acción de recurso* por el exceso de su cuota contra los demás deudores que también fuesen responsables de la multa, y por la parte que correspondiere a cada uno de ellos. La insolvencia de alguno debe ser soportada, proporcionalmente, por todos los deudores pasibles de la pena, que fueran solventes (conf. arts. 689, 716 y 717).

315. 2) PLURALIDAD DE ACREEDORES.– Pese a que el Código Civil no ha contemplado especialmente este supuesto, no es difícil elaborar los principios aplicables, en función de la índole de la obligación principal y de la obligación penal.

316. a) *Pena y obligación principal divisible.* – Sólo los acreedores impagos pueden pretender el pago de la pena, y ello por la parte que corresponde a cada uno.

317. b) *Pena divisible y obligación indivisible.* – Si el deudor no cumple, aquél de los acreedores que lo constituye en mora, tiene derecho

a la parte proporcional de la multa que le corresponda. En cambio, los acreedores que toleran la inejecución del deudor sin constituirlo en mora, no tendrán derecho a parte alguna de la multa.

318. c) *Pena divisible y obligación principal solidaria.* – En esta hipótesis, la mora constituida por uno de los acreedores favorece a todos los demás, y abre el derecho a percibir toda la multa a favor de cualquiera de los acreedores, sin atender al carácter divisible de ella.

319. d) *Pena indivisible o solidaria.* – Aquí, cualquiera de los acreedores impagos tiene derecho a pretender la totalidad de la pena. En cambio carecen de esa facultad los acreedores de una obligación *divisible,* que hubieren sido saldados por la entrega de su parte.

320. e) *Cuestión de recurso.* – Cuando alguno de los acreedores obtiene la totalidad de la pena, no obstante tener sólo un interés parcial en el crédito, los demás coacreedores interesados tienen a su favor una *acción de recurso,* fundada en el art. 689.

321. 3) PLURALIDAD DE DEUDORES Y ACREEDORES.– En esta hipótesis sólo habrá que combinar apropiadamente los principios y las soluciones expuestas anteriormente.

322. EXTINCIÓN DE LA PENA.– La pena se extingue como consecuencia de la extinción de la obligación principal. Independientemente de ello, y en virtud de su naturaleza obligacional, la pena se extingue por el juego normal de las causas que ponen término a la vida de cualquier obligación: pago, compensación, etcétera.

CAPÍTULO IV

EFECTOS AUXILIARES DE LAS OBLIGACIONES

I. EFECTOS AUXILIARES O SECUNDARIOS DE LA OBLIGACION

323. NOCIÓN.– Los efectos secundarios o auxiliares de la obligación son las virtualidades de ésta que facilitan la concreción de los derechos del acreedor. Se distinguen de los efectos principales en cuanto éstos conciernen directamente a la satisfacción de los derechos del acreedor, mientras que los auxiliares o secundarios no se refieren sino *indirectamente* a la satisfacción de la expectativa del acreedor, en cuanto están encaminados a su *mejor realización,* cuando ésta se ve amenazada por algún peligro u obstáculo que es necesario remover.

324. ENUNCIACIÓN.– Por su heterogeneidad es imposible sistematizarlos. Sólo es dable enunciar específicamente algunos de ellos tales como las distintas medidas precautorias, la intervención en juicios en los que el deudor es parte, el ejercicio de los privilegios legales y el derecho de retención, y las acciones de integración y deslinde del patrimonio del deudor (revocatoria o pauliana, de simulación, subrogatoria, de separación de patrimonios, etc.).

325. SITUACIÓN JURÍDICA DEL DEUDOR RESPECTO DE SUS BIENES. PRINCIPIO GENERAL.– La existencia de la obligación no priva al deudor de sus facultades ordinarias referentes a la gestión y explotación de sus bienes; esto contempla el bien individual del deudor y también el bien común pues interesa que todos los bienes tengan el máximo aprovechamiento dentro de la sociedad humana.

Por tanto al deudor su calidad de tal, no le crea impedimento alguno *mientras actúe de buena fe,* sin que interese el acierto o desacierto con que conduzca sus negocios.

326. DERECHO DEL ACREEDOR A LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR Y A LA EJECUCIÓN DE SUS BIENES.– El principio que analizamos en el número anterior debe conciliarse con los derechos del acreedor; a éste le interesa que se conserve el patrimonio del deudor para poder, llegado el caso, hacer ejecución de sus bienes.

Por eso, cuando el deudor no actúa de buena fe el acreedor tiene el derecho de valerse de los efectos secundarios o auxiliares de la obligación, para mantener la solvencia global del deudor e impedir que éste la disminuya o la haga desaparecer.

327. EL PRINCIPIO DE LA GARANTÍA COLECTIVA.– Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores; es decir que el patrimonio de una persona, integrado por el conjunto de sus bienes, está afectado al cumplimiento de las deudas de esa misma persona.

Cuando se constituye la obligación, el acreedor siempre toma en cuenta como consideración determinante la aptitud del activo del deudor para enjugar su pasivo: por ello, si bien no puede evitar que el deudor modifique la composición de ese activo, sí puede en cambio ejercer un derecho de vigilancia, para que ese activo sea siempre suficiente para cubrir el importe del crédito.

328. FUNDAMENTOS LEGALES DEL PRINCIPIO.– Aunque a diferencia del Código francés, y de los proyectos argentinos de reforma, nuestro Código Civil no establece este principio en forma expresa, el método inductivo nos demuestra que tácitamente lo ha aceptado pues sus aplicaciones concretas son numerosas e importantes como puede verse enseguida: a) el art. 505, inc. 3º, faculta al acreedor para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes; b) el art. 961 faculta a los acreedores para demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos; c) el art. 3474 dispone que en la partición hereditaria se separen bienes suficientes para el pago de las deudas de la sucesión; d) finalmente, con igual sentido, el art. 3922 establece que los créditos comunes serán satisfechos a prorrata con la masa de bienes sobrantes del concurso, después de pagados los acreedores privilegiados (arts. 3920 y 3921). Es obvio que todas estas facultades no tendrían sentido, si el acreedor no tuviera el derecho genérico de ejecutar los bienes que componen el patrimonio de su deudor.

329. LIMITACIONES DEL PRINCIPIO.– El principio de la garantía común no es absoluto: no se aplica a ciertos acreedores que pueden separar algunos bienes del patrimonio del deudor para aplicarlos exclusivamente a la satisfacción del respectivo crédito; tampoco se aplica a *todos los bienes del deudor,* pues como veremos, hay algunos que no están afectados al cumplimiento de ninguna deuda.

330. DISTINTAS CLASES DE ACREEDORES.– Todos los acreedores no se encuentran en la misma situación respecto de los bienes del deudor. En algunos casos la ley refuerza el derecho de ciertos acreedores con un *privilegio* que les permite ser pagados con preferencia a otros (ver *infra,* núms. 353 y sigs.).

Otras veces los deudores, para facilitar la obtención de crédito, constituyen a favor del acreedor una garantía real (prenda o hipoteca) que afecta una cosa (mueble o inmueble) al cumplimiento de la obligación. En tercer término cabe considerar a los acreedores quirografarios, quienes carecen de toda preferencia y sólo cuentan como garantía flotante el patrimonio de su deudor, *después* de pagados los acreedores con privilegio o garantía real. Si el patrimonio resulta insuficiente se les hace el pago a prorrata de los respectivos créditos, que sólo quedarán cubiertos en forma parcial.

331. BIENES EXCLUIDOS DE LA GARANTÍA COLECTIVA.– Ya hemos dicho que el principio de la garantía colectiva no es absoluto: en el derecho moderno no se concibe que el deudor pueda quedar privado de bienes indispensables para su subsistencia o la de su familia. Largo ha sido el camino recorrido desde los tiempos del antiguo Derecho Romano, que permitía teóricamente al acreedor matar al deudor o venderlo como esclavo.

Ha terminado por aceptarse que el acreedor no puede pretender el cobro de su crédito si ello se traduce en la privación de bienes que el deudor debe destinar al sostenimiento de sí propio y de su familia.

Nuestro ordenamiento positivo reconoce este principio y la jurisprudencia lo ha interpretado con un sano criterio, ya que si bien no ha reconocido otras excepciones que las que la ley admite, ha tenido presente que a medida que se eleva el nivel de vida de la población, es también mayor la

nómina de bienes que deben considerarse indispensables para la subsistencia.

Las principales disposiciones legales resultan del Código Civil y de leyes especiales, según el siguiente cuadro:

Código Civil:
1) créditos por alimentos (art. 374)
2) usufructo de los padres, salvo en lo que excediere las necesidades de los hijos (arts. 291 y 292)
3) derechos de uso y habitación (art. 1449)
4) bienes dejados al deudor como beneficio de competencia (arts. 799 y 800)
5) bienes muebles indispensables e instrumentos de trabajo (art. 3878)

Leyes especiales:
1) bien de familia (art. 34, ley 14.394)
2) salario mínimo vital del trabajador, salvo por deudas alimentarias (art. 120, ley 20.744)
3) jubilaciones y pensiones, salvo que el embargo provenga de crédito por alimentos o litis expensas (art. 14, inc. c], ley 24.141)
4) indemnizaciones provenientes de accidentes de trabajo (art. 11, inc. 1°, ley 24.557) y de despido u otras a favor del trabajador (arts. 147 y 149, ley 20.744)
5) lecho cotidiano del deudor o de su mujer e hijos, ropas y muebles indispensables e instrumentos de trabajo (art. 219, inc.1°, Cód. Proc. Civ.y Com. de la Nación)
6) inmuebles sobre los cuales el Banco Hipotecario Nacional haya otorgado préstamos para única vivienda propia (art. 35, ley 22.232)
7) sepulcros, salvo que se reclame su precio de venta, o suministro de materiales (Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 219, inc. 2°)
8) los bienes afectados al fideicomiso, constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (arts. 14 y 15, ley 24.441)

332. DERECHOS Y ACCIONES PROVENIENTES DE CONTRATOS.– Cuando se celebra un contrato que confiere a uno de los contratantes un derecho patrimonial, este derecho es también pasible de ejecución y venta forzada por parte de los acreedores del titular. Sin embargo este principio no se

aplica cuando el bien proveniente del contrato carece de valor corriente o es de difícil realización, pues en este caso la ejecución causaría al deudor un perjuicio desproporcionado con el valor del crédito.

La cuestión presenta alguna variante cuando se ha declarado el concurso o quiebra del acreedor. En principio, en ese supuesto, el síndico debe intentar el cobro del crédito para ingresar el importe al activo del concurso (conf. art. 182, ley 24.522). Pero cuando "circunstancias especiales lo hagan aconsejable, el juez puede autorizar la subasta de créditos o su enajenación privada" (conf. art. 216 de la misma ley).

333. DINAMISMO DE LA GARANTÍA COMÚN.– Para poner en funcionamiento la garantía de sus créditos, los acreedores disponen de varios medios: a) pueden emplear *medidas precautorias* para conservar los bienes del deudor dentro del patrimonio de éste; b) pueden ejercer *acciones de deslinde e integración* del patrimonio del deudor; c) pueden finalmente llegar a las *vías de ejecución y liquidación de los bienes del deudor;* y d) aun en el caso de la ejecución disponen todavía de ciertos derechos especiales que analizaremos luego (ver *infra,* núms. 353 y sigs.), consistentes en los *privilegios* y el *derecho de retención.*

334. A) MEDIDAS PRECAUTORIAS.– Son las que es dable recabar para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor, en desmedro de la garantía colectiva de sus acreedores. Sin perjuicio de las medidas precautorias específicas, se admite el derecho del acreedor de solicitar en cada caso las medidas que resulten apropiadas para el resguardo de sus derechos (conf. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 232).

335. EMBARGO.– Es una orden judicial que individualiza un bien determinado del deudor, afectándolo al pago del crédito en razón del cual se ha trabado el embargo. El embargo puede ser *preventivo,* si sólo se trata de evitar que el bien salga del patrimonio del deudor, o bien *ejecutivo,* en cuyo caso es el paso previo y necesario para su posterior venta judicial. Importa señalar que la venta de cosas embargadas, aunque sancionada penalmente, no está afectada de nulidad. Simplemente, es *inoponible* al acreedor embargante. Por ello, el adquirente puede conservar la cosa si desinteresa al acreedor embargante.

336. QUID DEL PRIVILEGIO DEL PRIMER EMBARGANTE.– Si concurren varios embargos sucesivos sobre un mismo bien, se plantea el problema de

determinar si la prioridad en el embargo crea alguna preferencia a favor del acreedor que ha embargado primero. A primera vista parecería que todos los embargantes deberían estar al respecto en un pie de igualdad, pues el patrimonio del deudor es la prenda común de *todos sus acreedores*. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia entienden, con razón, que los embargos crean una preferencia en el pago a favor de los embargantes anteriores a menos que el deudor esté concursado. A falta de declaración de concurso se está en presencia de ejecuciones individuales, en las cuales los embargos que llegan a trabarse no pueden redundar en desmedro de los derechos adquiridos por terceros hasta ese momento.

Sin embargo este derecho no puede ser calificado de privilegio, pues precisamente se extingue cuando se promueve el procedimiento organizado para el ejercicio de los privilegios que es el concurso del deudor. Si los bienes del deudor no alcanzan a enjugar su pasivo, es obvio que los acreedores que no han embargado tendrán interés en provocar su concurso para que esos bienes se repartan entre todos los acreedores –y no sólo embargantes– a prorrata de sus créditos.

Igualmente la ventaja del primer embargante cede ante los acreedores privilegiados aunque no hubieren trabado embargo, si llegado el caso oponen su privilegio sobre el producto de la venta del bien embargado para hacer efectiva la preferencia que la ley les reconoce.

El art. 218 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación incursiona en esta materia, estableciendo la prioridad de cobro del primer embargante, que cede ante los acreedores privilegiados y no funciona en caso de concurso.

337. INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES.– Cuando no se conocen los bienes del deudor no es posible trabar embargo alguno. Queda solamente la posibilidad de obtener una inhibición general de bienes que, por orden judicial, se anota en el Registro de la Propiedad y durante cinco años impide al deudor enajenar los bienes inmuebles que tenga o llegue a adquirir por cualquier título (conf. art. 207, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). La traba de una inhibición general de bienes *no establece preferencia alguna de cobro* frente a otros acreedores que ulteriormente inhibiesen también al deudor o embargasen bienes concretos (conf. art. 228, *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

338. ANOTACIÓN DE LITIS.– Este remedio llena una función de publicidad del litigio para que el pretensor pueda oponer el derecho alegado a los terceros que adquiriesen derechos sobre inmuebles, quienes deberán soportar los efectos de la sentencia que se dicte en el juicio, sin poder aducir ignorancia a este respecto. La anotación de litis no importa embargo o inhibición, ni impide la libre disposición del bien; su único efecto es la publicidad del litigio.

En cuanto a las acciones que pueden dar lugar a la anotación de la litis pensamos con Alsina que ello no depende "de la naturaleza de la acción sino de la posibilidad de que el progreso de la misma pueda influir en la situación jurídica del inmueble con relación a terceros, lo que deberá ser apreciado por el juez en cada caso particular". Así la anotación de la litis procederá no sólo respecto de las *acciones reales,* sino también de *acciones personales* (por ej., de simulación, pauliana, de nulidad, etc.) si lo que se discute, en el fondo, es el derecho de propiedad (conf. art. 229, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

339. PROHIBICIÓN DE INNOVAR.– Es una medida judicial que impide la alteración de la situación de hecho, o de derecho, existente al tiempo en que se la decreta (conf. art. 230, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El art. 231 de ese cuerpo legal autoriza la prohibición de contratar sobre determinados bienes para asegurarlos y facilitar su ejecución forzada.

339 bis. PROHIBICION DE CONTRATAR (art. 231, Cód. Proc. Civ. Com. de la Nación).– Este precepto establece: "cuando por la ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto de juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante. La medida quedará sin efecto si quien lo obtuvo no dedujese la demanda dentro del plazo de cinco días de haber sido dispuesta y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia".

340. INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR EN LOS JUICIOS EN QUE EL DEUDOR ES PARTE.– En principio los acreedores carecen de derecho para intervenir en los juicios en que el deudor es parte, lo cual es consecuencia del principio según el cual el deudor conserva, a pesar de sus deudas, el derecho de administrar su patrimonio.

Sin embargo, cuando existe un interés legítimo del acreedor se admite su intervención si la falta de ella pudiera redundar en desmedro de ese interés. Así, por ejemplo, el acreedor hipotecario puede intervenir en un juicio de reivindicación del inmueble hipotecado, si el deudor se defiende

37

displicentemente, quizás en connivencia con el reivindicante. El art. 90 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación autoriza a intervenir en juicio como parte a cualquiera que acredite que la sentencia puede afectar un interés suyo (inc. 1º).

341. B) ACCIONES DE INTEGRACIÓN O DESLINDE DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR.– Estas acciones se acuerdan a los acreedores en resguardo de la garantía colectiva constituida por el patrimonio del deudor y pueden funcionar en una doble dirección. A veces se trata de actos o omisiones del deudor que tienen como consecuencia una disminución de la garantía.

Otras veces se da el supuesto de que el patrimonio del deudor se confunde con el de su heredero, lo que puede perjudicar a los acreedores del deudor, por la concurrencia de los acreedores del heredero sobre los bienes del deudor fallecido.

Las acciones que analizaremos permiten, en el primer caso, mantener la integridad del patrimonio del deudor, a despecho de los actos u omisiones (dolosas o no) de éste. En el segundo caso, tienen como resultado evitar la confusión de patrimonios, de modo tal que cada patrimonio siga siendo la prenda común de los acreedores del titular.

342. ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA. NOCIÓN.– Cuando el deudor realiza actos que perjudican a sus acreedores, ya sea por la enajenación de los bienes, o bien por la asunción gratuita de obligaciones, aquéllos pueden impugnar los actos perjudiciales mediante la acción revocatoria o pauliana. Se produce aquí un desdoblamiento del acto del deudor en cuanto a sus efectos. Aunque el acto es en sí mismo válido, es *inoponible* a los acreedores impugnantes (ver *infra,* núms. 453 y sigs.).

343. ACCIÓN DE SIMULACIÓN. NOCIÓN.– La simulación es una falla del acto jurídico que consiste en el carácter ficticio de la manifestación de voluntad de las partes que, en verdad, no han querido constituir los derechos respectivos o han querido constituir derechos distintos de los que indica la apariencia del acto. Al acreedor le compete el ejercicio de esta acción cuando el acto simulado tiende a disminuir, por lo menos en apariencia, el patrimonio del deudor (ver *infra,* núms. 467 y sigs.).

344. ACCIÓN SUBROGATORIA– Dada la importancia de esta acción, la trataremos por separado en un apartado especial de este mismo capítulo (ver *infra,* núms. 399 y sigs.).

345. ACCIÓN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. NOCIÓN.– Esta acción se concede a los acreedores de una persona fallecida a fin de deslindar los patrimonios del difunto y su heredero, de tal manera que, operada la separación, se da un supuesto excepcional de dos patrimonios en cabeza de una misma persona: el heredero. El fundamento de la acción reside en el principio de la garantía colectiva.

En cuanto a su *naturaleza jurídica,* se trata de un *privilegio,* según resulta claramente del art. 3445, porque *"crea a favor de los acreedores del difunto un derecho de preferencia en los bienes hereditarios"*. Por ello a falta de acreedores en conflicto, la acción no es procedente.

Son titulares de esta acción los acreedores del causante. Los acreedores del heredero no pueden ejercerla, pero si la aceptación de la herencia les resulta gravosa por la concurrencia de los acreedores del causante sobre el patrimonio del heredero, pueden ejercer la acción revocatoria o pauliana. Cabe señalar que el nuevo art. 3363 presume que la aceptación de la herencia se hace bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga (ver *infra,* nº 917).

346. C) VÍAS DE EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.– Son los procedimientos judiciales encaminados a la enajenación forzada de los bienes del deudor a fin de aplicar el producido de ellos al pago de las deudas. Pueden realizarse *individualmente* por cada acreedor interesado en el cobro de su crédito o *colectivamente* por todos los acreedores representados por un síndico en el concurso civil o la quiebra.

347. I) EJECUCIÓN INDIVIDUAL DE LOS ACREEDORES.– Cada acreedor está habilitado para proceder por su cuenta y en su interés exclusivo a la ejecución de los bienes del deudor cuyo producido se aplica a enjugar su crédito. Sólo examinaremos los rasgos esenciales de esta vía de ejecución cuyo estudio detallado corresponde al derecho procesal.

348. EMBARGO EJECUTIVO.– Toda ejecución debe comenzar por el *embargo* de los bienes cuya enajenación forzada se pretende: con esa medida el deudor resulta desapoderado del bien embargado, que queda a disposición del juez para proceder luego a la subasta judicial.

349. SUBASTA.– El régimen de la subasta del bien que se ejecuta es diferente según se trate de cosas muebles o inmuebles. Cuando se trata de estos últimos, la venta debe hacerse previa tasación y su régimen está

orientado a asegurar la correcta transmisión del dominio a favor del adquirente. (conf. arts. 563 y sigs., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

350. LIQUIDACIÓN.– Realizada la subasta de los bienes ejecutados, el acreedor cobrará su crédito del producto que se obtenga. (conf. art. 591, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El remanente pertenece al ejecutado, quien puede disponer de él una vez cubiertos el crédito y sus accesorios legales.

351. INCIDENTES DE LA EJECUCIÓN. TERCERÍAS.– Durante el procedimiento de la ejecución puede ocurrir que un tercero quiera objetarla, sosteniendo ser propietario de los bienes que se ejecutan, o alegando tener un privilegio con relación al ejecutante. (conf. art. 97, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En el primer caso el impugnante puede entablar una *tercería de dominio,* que impide, mientras no sea rechazada, la realización de la subasta (conf. art. 99, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); en el segundo caso la vía apropiada es la *tercería de mejor derecho,* que no impide la subasta pero sí el pago al ejecutante hasta que se resuelva quién tiene preferencia para el cobro (conf. art. 100, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), salvo que se otorgue fianza para responder a las resultas de la tercería.

351 bis. LEY 24.441. LA LLAMADA EJECUCION HIPOTECARIA EXTRAJUDICIAL.– En su Título V, arts. 52 al 67, la ley mencionada instituye un régimen especial de ejecución de hipoteca, que califica de "ejecución extrajudicial" (art. 66).

Aunque el estudio pormenorizado del tema, corresponde a los cursos de derechos reales y de derecho procesal, y aquí sólo lo mencionamos como parte de las vías de ejecución y liquidación, daremos una somera noción sobre este tópico.

Por lo pronto no se trata de una ejecución realmente extrajudicial. Simplemente, en este supuesto, es menor la intervención del juez, siempre indispensable, y mayor la del acreedor que en general será un banco, aunque se estila pactar esta forma de ejecución en las escrituras hipotecarias de prestamistas no bancarios, por las mayores facultades procesales que acuerdan al acreedor.

Esta ejecución especial procede cuando se hayan emitido letras hipotecarias o bien se haya pactado esta vía especial (art. 52).

El juez interviene para verificar el estado de ocupación del inmueble, y en su caso ordenar el lanzamiento de los ocupantes. Se da naturalmente al ejecutado la oportunidad de ejercitar su defensa (art. 54).

El juez, luego de la subasta, recibe del acreedor los fondos que corresponden y de la liquidación que practique da vista al ejecutado (art. 60).

Corresponde también al juez, levantar en su caso los embargos que pesaban sobre el inmueble subastado (art. 63); resuelve también sobre las defensas que pudiera oponer el ejecutado (art. 64) y sobre las impugnaciones que se registren con posterioridad.

Fuera de estas escasas intervenciones del juez, el acreedor realiza la intimación de pago, requiere los certificados sobre deudas y gravámenes del inmueble, ordena la subasta, etcétera.

352. II) EJECUCIÓN COLECTIVA DE LOS ACREEDORES.– Tiene lugar cuando se declara la quiebra del deudor. El conjunto de los acreedores, representados por un síndico, ejecutan los bienes del deudor, a fin de aplicar el producido de ellos a la satisfacción proporcionalmente igual de todos los créditos comunes. Como, por hipótesis, el deudor es insolvente, la realización de sus bienes no habrá de alcanzar para cubrir el importe de todas sus deudas. De ahí que corresponda atender en primer término a los acreedores privilegiados; desinteresados éstos, el remanente del activo líquido se distribuirá entre los acreedores comunes, a prorrata de sus créditos. En tal caso se paga a éstos en moneda de quiebra.

353. D) NOCIÓN DE PRIVILEGIO. FUNDAMENTO.– El codificador suministra un concepto amplio del privilegio, al decir en el art. 3875 que *"el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro se llama en este Código privilegio"*.

Como se ve, se trata de una calidad que pueden tener ciertos créditos en virtud de la cual corresponde a ellos una prioridad de cobro. Supuesta una insuficiencia del activo del deudor para enjugar su pasivo, no sería socialmente útil que todos los acreedores se perjudicaran por el déficit en igual medida. No todos los créditos tienen la misma importancia, y hay algunos en cuya satisfacción está directamente interesado el bien común: así si entran en conflicto un acreedor por gastos de entierro y otro por restitución de un préstamo efectuado al difunto, la sociedad está interesada en que aquél no se vea perjudicado por la concurrencia de este último en la ejecución de bienes insuficientes para desinteresar a ambos. De ahí que

38

le conceda al primer acreedor la prioridad en el cobro con respecto al segundo, por razones de interés público.

No todos los privilegios tienen el mismo *fundamento,* y así aparte de las razones de interés público que acabamos de mencionar, pueden darse otras: exigencias de equidad que impiden que un acreedor se enriquezca a costa de otro; circunstancias especiales en que el acreedor debe contratar que no le permiten una acabada averiguación de la solvencia del deudor, etcétera.

En fin, el propio interés del deudor es también uno de los múltiples y variados fundamentos de los privilegios, pues la preferencia que la ley otorga a determinados créditos exime al deudor de la necesidad de constituir garantías más gravosas.

354. NATURALEZA JURÍDICA.– Se han sostenido al respecto tres teorías.

a) Para una primera teoría, hoy en franca declinación, los privilegios *serían derechos reales* en razón de que, como éstos, tienen origen legal y se ejercen sobre las cosas a que se refieren; se argumenta también con la nota al art. 3928 que califica al privilegio que reglamenta este artículo como derecho real.

b) Para una segunda opinión que ha suscitado numerosas adhesiones, los privilegios serían derechos personales; se observa en este sentido que no implican una desmembración del dominio, ni confieren al titular el derecho de perseguir la cosa que es asiento del privilegio.

c) La tercera opinión, que compartimos, ha sido sostenida en el derecho europeo por Bonnecase y Messineo, y entre nosotros por Ponssa y Borda. Según este punto de vista los privilegios *no son derechos reales ni personales,* porque no constituyen derechos subjetivos contra el deudor. Son simplemente *calidades* de ciertos créditos, modos de ser de ellos que les atribuyen determinada prelación de cobro sobre los bienes del deudor, en general, o sobre algún bien particular.

355. ASIENTO DEL PRIVILEGIO. SUBROGACIÓN REAL.– Se denomina *asiento* del privilegio el bien o conjunto de bienes con cuyo producido habrá de satisfacerse la prioridad de cobro perteneciente al acreedor privilegiado.

Puede ocurrir, sin embargo, que el bien que es asiento del privilegio salga del patrimonio del deudor antes de que el privilegio sea ejercido. En este caso, y en virtud del *principio de subrogación real,* el privilegio se

extenderá a los nuevos bienes que entran al patrimonio del deudor, en reemplazo del bien que ha salido de él. El art. 245 de la ley 24.522 de concursos consolida la figura de la subrogación real en materia de privilegios.

356. CARACTERES.– Los privilegios tienen los siguientes caracteres:

a) Son de *origen legal.* Así lo dice el art. 3876: "El privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores".

Este principio es indiscutible, pues no podría admitirse que el deudor creara a voluntad preferencias entre sus acreedores, favoreciendo a algunos y perjudicando a otros.

Este carácter no se altera por la circunstancia de que el deudor esté facultado para constituir a favor de algunos de sus acreedores derechos de garantía a los que la ley acuerda determinado privilegio. El privilegio, como siempre, resulta de la voluntad del legislador y no podría nunca el deudor variar la extensión o el rango del privilegio ya prefijado por el ordenamiento positivo.

b) Son *accesorios* del crédito cuya suerte siguen de acuerdo con los principios generales sobre accesoriedad. Así resulta del art. 3877: "Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos..."

c) Tienen *carácter excepcional* y son de *interpretación estricta.* En principio todos los acreedores se encuentran en pie de igualdad frente al patrimonio de su deudor. Cuando la ley por alguna razón crea una preferencia que altera esta igualdad, la interpretación debe ser estricta y no cabe en modo alguno la analogía para trasladar el privilegio de una situación a otra distinta, aunque sea parecida.

d) Los privilegios son *indivisibles.* Esto significa que la preferencia de cobro con respecto a todo o parte del bien que es asiento del privilegio subsiste hasta la total cancelación del crédito. Por ello si se paga parte del crédito *toda* la cosa continúa afectada al privilegio. Correlativamente, si se pierde o deteriora parte de la cosa, lo que resta de ella queda siempre afectado a la prioridad de cobro de la *totalidad* del crédito.

357. CLASIFICACIÓN.– Los privilegios se clasifican en función de las cosas que constituyen su asiento. Bajo este enfoque el Código hace dos clasificaciones de muy distinta trascendencia.

1) Según una primera clasificación se distinguen los privilegios según que recaigan "sobre cosas muebles o inmuebles, o sólo sobre los muebles, o sólo sobre los inmuebles..." (art. 3878, 1ª parte). Esta clasificación carece de importancia y de rigor científico, porque no corresponde a una *diversidad de régimen* –que es igual–, sino a la circunstancia accidental de que el privilegio recaiga sobre uno u otro tipo de cosas.

2) La segunda clasificación de los privilegios los distingue en *generales y especiales,* según que su asiento sea el *conjunto* de los bienes del deudor o *algún* bien determinado. Esta clasificación es fundamental, porque atiende a la diversidad de *asientos* que se presentan en las dos categorías y a la *diversidad de régimen* que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) Los privilegios generales sólo pueden hacerse valer en caso de concurso o quiebra; los especiales pueden invocarse frente a cualquier embargo que afecte el bien asiento del privilegio.

b) La subrogación real sólo funciona respecto de los privilegios especiales; es en cambio inaplicable a los privilegios generales que recaen sobre una masa de bienes con abstracción de los elementos singulares que la integran.

358. PRIVILEGIOS GENERALES: IDENTIDAD DE SU ASIENTO.– Aparentemente el Código subdivide a estos privilegios en dos categorías: privilegios sobre la generalidad de los bienes del deudor, sean muebles o inmuebles (art. 3879), y privilegios sobre la generalidad de los muebles (art. 3880). Esta diversidad era sólo aparente, pues el art. 3878 (última parte) y el art. 3881 autorizaban la posibilidad de que los llamados privilegios generales sobre los muebles del art. 3880, *se ejercieran también sobre los inmuebles si los muebles no resultaban suficientes para enjugar los respectivos créditos*.

Por ello cabe concluir que los llamados "privilegios generales sobre muebles" del art. 3880 eran en verdad privilegios generales sobre muebles o inmuebles que no se diferenciaban, bajo este enfoque, de los privilegios generales del art. 3879, por su similar asiento.

En la actualidad, según lo dispuesto en el art. 246 de la ley 24.522, no hay diferencia *cualitativa* en cuanto a las cosas constitutivas del asiento de todos los privilegios generales, con lo cual desaparece la nominal diversidad del asiento de los privilegios generales del art. 3879 y los del art. 3880 del Código.

Pero hay diferencias cuantitativas que resultan del inc. 1º del art. 253, ley 24.522, cuyo análisis no corresponde efectuar en esta obra.

359. EXPLICACIÓN SUCINTA DE CADA PRIVILEGIO.– Analizaremos a continuación en forma somera los privilegios generales que resultan del Código Civil y de otras normas ajenas al mismo, para examinar luego los privilegios especiales.

Es de notar que los privilegios generales mencionados en los arts. 3879 y 3880 del Código Civil, no funcionan en los juicios de concurso civil o quiebra, ya que para estos supuestos la ley 24.522 de concursos, ha introducido un régimen diferente que resulta modificatorio de lo dispuesto en aquellas disposiciones del Código Civil.

360. A) PRIVILEGIOS GENERALES QUE RESULTAN DEL CÓDIGO CIVIL.– 1) GASTOS DE JUSTICIA. Según la nota del art. 3879 se entiende por tales "...los gastos ocasionados por los actos que tengan por objeto poner los bienes del deudor y sus derechos bajo la mano de la justicia. El privilegio es establecido para *todos los gastos que los acreedores, a efectos de gozar de sus derechos no habrían podido dispensarse de pagar,* si otros no hubiesen hecho la anticipación o los trabajos indispensables a ese fin".

Si así no fuera, los acreedores que permanecieron inactivos se enriquecerían injustamente a costa de aquel que con su diligencia les posibilitó el ejercicio de sus derechos.

En la nota mencionada el codificador señala que son gastos de justicia no sólo los estrictamente judiciales, sino también "...todos los que se hagan en *interés de los acreedores,* para los fines designados aunque sean relativos a hechos u operaciones extrajudiciales". El mismo concepto mantiene el art. 240 de la ley 24.522: "Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial...".

361. 2) CRÉDITOS DEL FISCO.– Según el art. 3879, inc. 2º, tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes muebles e inmuebles "...los créditos del fisco y de las municipalidades, por impuestos públicos directos o indirectos". La Ley de Concursos mantiene la calidad de privilegio general de estos créditos (conf. art. 246, inc. 4º), pero a diferencia del Código,

39

desglosa de ellos "los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes" (art. 241, inc. 3º) a los que atribuye privilegio especial sobre esos mismos bienes.

También juega aquí, aunque de un modo figurado, el fundamento del enriquecimiento sin causa, que justifica el privilegio ya mencionado de los gastos de justicia. Todos son beneficiarios potenciales de la acción pública; por ello es justo que todos soporten en general el cobro preferente de las sumas destinadas a cubrir los servicios que presta el Estado, que debe entenderse aquí en sentido lato: Nación, provincias y municipalidades.

362. 3) GASTOS FUNERARIOS.– El art. 3880, inc. 1º, acuerda privilegio sobre la generalidad de los bienes muebles a *"los gastos funerarios* hechos según la condición y fortuna del deudor". Se entiende por tales "los gastos necesarios para la muerte y el entierro del deudor y sufragios de costumbre; los gastos funerarios de los hijos que vivían con él y los del luto de la viuda e hijos, cuando no tengan bienes propios para hacerlo".

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 246, inc. 3º a, ley 24.522, sólo conservan preferencia los gastos funerarios practicados en razón de la muerte del deudor; perdiendo esa virtualidad los gastos de esa índole realizados con motivo de la muerte de la esposa del deudor, o de los hijos de éste que vivieran con él, cuando todos ellos no tuviesen bienes (art. 3880, inc. 1º).

363. 4) GASTOS DE ÚLTIMA ENFERMEDAD.– En el régimen de la nueva Ley de Concursos este privilegio está concebido en los siguientes términos: "b) los gastos de enfermedad durante los últimos seis (6) meses de vida" (art. 246, inc. 3º, ley 24.522).

364. 5) REMUNERACIONES Y SUBSIDIOS FAMILIARES DEL DEPENDIENTE.– Estos créditos han recibido un tratamiento sumamente favorable en la regulación de la Ley de Concursos 24.522, que sigue el criterio de la ley 19.551.

Por lo pronto estos créditos tienen acordado privilegio especial por el art. 241, inc. 2º de la ley 24.522 que asigna tal privilegio a "los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde hayan prestado sus servicios o que sirvan para su explotación".

Cuando no existan en el haber del concurso las mercaderías, materias primas y maquinarias o se hayan agotado, el crédito mantiene su privilegio general.

El art. 246 de la ley establece al respecto que tienen privilegio general: "los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidentes de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso...".

En cuanto a la extensión del privilegio rige el art. 247 de la ley 24.522, que dispone: "Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 y el *capital* emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1º del art. 246...".

365. 6) ALIMENTOS.– La Ley de Concursos instituye este privilegio a favor de los créditos derivados de "los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras".

366. B) PRIVILEGIOS GENERALES AJENOS AL CÓDIGO CIVIL. PRIVILEGIO INSTITUIDO POR EL CÓDIGO PENAL.– Lo establece a favor del damnificado el art. 30 del Código Penal: "La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa".

Este privilegio no tiene un fundamento convincente y ha suscitado críticas justificadas pues por respetable que sea el derecho de la víctima a ser indemnizada, no parece justo que la reparación tengan que costearla los acreedores del responsable, mediante una deducción sobre sus propios créditos.

Si se aplicara literalmente la disposición legal, la indemnización tendría preferencia sobre todas las obligaciones posteriores, inclusive la que resultara de gastos de justicia, gastos funerarios o de última enfermedad lo que es un verdadero absurdo.

Por ello entendemos que el crédito de la víctima de un delito, sólo tiene preferencia sobre los créditos quirografarios de fecha posterior al delito; concurre en paridad con los acreedores quirografarios anteriores o de igual fecha, y es precedido por *todos los otros créditos que tengan privilegio general o especial*.

Con la sanción de la ley 24.522, es dable interpretar que el privilegio del art. 30 del Código Penal ya no subsiste cuando media un juicio colectivo. Ello es así, porque el art. 239 de la ley dispone que "...existiendo concurso sólo gozarán de privilegios los créditos enumerados en este capítulo y conforme a sus disposiciones", estableciendo un sistema de autosuficiencia. Es decir, es exclusivo y excluyente. Y en ninguno de sus preceptos aparece mencionado este privilegio.

367. VARIANTES INTRODUCIDAS A LOS PRIVILEGIOS GENERALES POR LA ANTIGUA LEY DE QUIEBRAS 11.719.– La Ley de Concursos, que establece un régimen uniforme para resolver las cuestiones concernientes a la insolvencia del deudor, ha derogado la antigua Ley de Quiebras 11.719. En consecuencia han desaparecido las variantes que en el régimen del concurso mercantil afectaban a los privilegios generales, algunas de las cuales han pasado al régimen uniforme de la ley 19.551 hoy derogada por la ley 24.522.

368. C) PRIVILEGIOS ESPECIALES SOBRE COSAS MUEBLES DETERMINADAS. ENUNCIACIÓN LEGAL.– En el Capítulo II, del Título 1º, Sección 2ª, Libro Cuarto, el codificador se ocupa de distintos privilegios especiales sobre cosas muebles que analizaremos también brevemente.

369. 1) PRIVILEGIO DEL LOCADOR.– El art. 3883 establece que "gozan de privilegio los créditos por alquileres o arrendamientos de fincas urbanas o rurales"...

Según el art. 3884 el privilegio no ampara sólo *alquileres* propiamente dichos, "sino también todas las otras obligaciones del locatario que se derivan del contrato de arrendamiento". Por ello quedan comprendidos, entre otros créditos, la indemnización de daños y perjuicios por deterioro de la cosa, imputable al inquilino, el importe de la pena pactada para el supuesto de falta de pago puntual del alquiler, etcétera.

El privilegio se *funda* en la doble idea de favorecer al deudor facilitándole la obtención del inmueble y evitar el enriquecimiento injusto de los demás acreedores, que se produciría si ellos cobrasen sin desinteresar

previamente al locador, que ha brindado su inmueble para la conservación y guarda de los muebles en trance de subasta.

Según el art. 3883 es *titular* del privilegio cualquier persona que reviste el carácter de locador, aunque no sea propietario del inmueble, por ejemplo, usufructuarios, locatarios que subalquilan, etcétera. En cambio el privilegio no se extiende a los locadores de *cosa mueble* pues están al margen del precepto legal y de los propósitos que lo inspiran.

El privilegio del locador presenta un carácter peculiar. Mientras que los privilegios, en general, sólo se hacen efectivos cuando la cosa se encuentra en posesión del deudor, el locador goza en cambio de un *derecho de reipersecución* que le acuerda el art. 3885: "Si los muebles gravados con el privilegio hubiesen sido sustraídos de la casa alquilada, el propietario de ella, puede durante un mes, hacerlos embargar para hacer efectivo el privilegio, *aunque el poseedor de ellos sea de buena fe*". Esta extraordinaria prerrogativa no tiene un fundamento razonable y por ello fue eliminada por los proyectos de reforma del Código Civil.

El art. 241 de la ley 24.522 no menciona a los créditos que corresponden al locador, al posadero, al acarreador, a los titulares por venta de semillas y gastos de cosecha, al vendedor de cosa mueble o inmueble, al depositante, etc., de modo tal que frente a un juicio universal carecen de todo privilegio. Sólo podrán funcionar en un juicio individual.

370. 2) PRIVILEGIO DEL POSADERO. ASIMILACIÓN AL PRIVILEGIO DEL LOCADOR.– El posadero está asimilado al locador en cuanto al privilegio de su crédito, salvo escasas diferencias. Así resulta del art. 3886, primera parte: "El posadero goza del privilegio del locador, bajo las mismas condiciones y excepciones, sobre los efectos introducidos en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los viajeros".

El *fundamento* del privilegio atiende a las circunstancias peculiares en que contrata el hotelero, quien no está en condiciones de averiguar la solvencia del pasajero, y queda sujeto a una responsabilidad severa en cuanto a la guarda de los efectos de los viajeros.

Asiento del privilegio son todos los efectos introducidos por el viajero, aunque no sean de su propiedad, tales como alhajas, equipajes, automóviles, etcétera.

A diferencia de lo que ocurre con el locador, el hotelero carece de derecho a la reipersecución y sólo puede ejercer su privilegio mientras las cosas se encuentran en el hotel.

40

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra*, núm. 369, *in-fine*).

371. 3) PRIVILEGIO DEL ACARREADOR. NUEVA ASIMILACIÓN LEGAL.– El Código asimila este privilegio al del locador y al del hotelero. El art. 3887 dice que: "Goza de igual privilegio, el acarreador sobre los efectos transportados que tenga en su poder o en el de sus agentes, y durante los quince días que sigan a la entrega que hubiese hecho al propietario, por el importe del transporte y gastos accesorios".

Las asimilaciones legales que reseñamos simplifican el arduo problema concerniente al orden de los privilegios cuando los acreedores antes mencionados entran en conflicto, pues es natural concluir que sus privilegios son de igual rango.

El *fundamento* de este privilegio es similar al del hotelero; tampoco el acarreador está en condiciones de examinar apropiadamente la solvencia de quienes solicitan sus servicios.

El transporte que el legislador tiene en mira no se altera por la circunstancia de que el transportador brinde servicios accesorios tales como carga y descarga, armado y desarmado de muebles, etcétera. Estos servicios que pueden estar incluidos en el precio global o ser facturados por separado participan igualmente del privilegio.

El *asiento* del privilegio como el Código lo indica son las cosas muebles objeto del transporte.

Lo mismo que el hotelero, el acarreador carece de derecho de reipersecución.

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra*, núm. 369, *in fine*).

372. 4) PRIVILEGIO RELATIVO A SUMINISTROS RURALES.– Los acreedores por suministros de semillas y gastos de la cosecha tienen prioridad de cobro sobre el producido de la cosecha, según lo dispone el art. 3888: "Son privilegiadas las sumas debidas por las semillas y por los gastos de la cosecha, sobre el precio de esa cosecha".

La ley 3863 ha incluido en el privilegio el crédito por las primas adeudadas al asegurador de la cosecha.

El *fundamento* del privilegio reposa en la prohibición del enriquecimiento sin causa. Quien hizo posible la cosecha con sus semillas o trabajos de siembra, cuidado o recolección, ha contribuido a crear los bienes

que permitirán cobrar su crédito a los demás acreedores. Nada más justo que acordarle preferencia en el cobro.

El *asiento* del privilegio son los frutos cosechados mientras se encuentren en poder del deudor.

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra*, núm. 369, *in fine*).

373. 5) PRIVILEGIO DEL OBRERO O ARTESANO.– Según lo que dispone el art. 3891 del Código Civil, "El crédito del obrero o artesano tiene privilegio por el precio de la *obra de mano*, sobre la cosa mueble que ha *reparado o fabricado* mientras la cosa permanezca en su poder".

El *fundamento* del privilegio radica en el *mayor valor* que los trabajos han comunicado a la materia objeto de la fabricación o reparación, mayor valor que aprovecha a los demás acreedores.

El privilegio se acuerda sólo al obrero o artesano, de tal modo que si los trabajos han sido realizados por una empresa, aun modesta, el privilegio, que naturalmente es de interpretación estricta, no funciona.

El *asiento* es la misma cosa fabricada o reparada.

374. 6) PRIVILEGIO DEL CONSERVADOR.– De acuerdo con el art. 3892. "Los gastos de conservación de una cosa mueble, sin los cuales ésta hubiera perecido en todo o en parte, deben ser pagados con privilegio sobre el precio de ella, esté o no en poder del que ha hecho los gastos. Los simples gastos de mejora que no tengan otro objeto que aumentar la utilidad y el valor de la cosa, no gozan del privilegio".

No cabe duda que el *fundamento* de este privilegio es evitar que los demás acreedores se enriquezcan injustamente a costa del conservador, y asimismo estimular la conservación de bienes útiles a la sociedad.

375. 7) PRIVILEGIO DEL VENDEDOR DE COSA MUEBLE.– El art. 3893 dispone que: "El vendedor de cosas muebles no pagadas, goza de privilegio por el precio sobre el valor de la cosa vendida que se halle en poder del deudor, haya sido la venta al contado o a plazo. Si la cosa ha sido revendida y se debiese el precio, el privilegio se ejerce sobre el precio".

El *fundamento* del privilegio es inobjetable; en verdad sería inicuo que los demás acreedores del deudor pudieran cobrar sus créditos con el producido de la venta de la cosa, cuando aún no se ha pagado el precio a quien introdujo la cosa en el patrimonio del deudor.

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra*, núm. 369, *in fine*).

376. 8) PRIVILEGIO DEL DEPOSITANTE.– Dispone el art. 3897: "Si el depositario ha abusado del depósito, enajenando la cosa que ha sido confiada a su cuidado; o si su heredero la vende, ignorando que la cosa se hallaba depositada, el depositante tiene privilegio sobre el precio que se debiese".

Aunque el *fundamento* del privilegio es indiscutible pues no sería justo que los demás acreedores del depositario se enriquecieran a costa del depositante, no se justifica que el codificador no haya extendido el privilegio a otros acreedores que pueden encontrarse en situación idéntica (comodante, locador, mandante, etc.) con respecto a los cuales se da el mismo fundamento.

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra*, núm. 369, *in fine*).

377. 9) PRIVILEGIO DEL ACREEDOR PRENDARIO.– Este privilegio lo estatuye el art. 3889: "La prenda da al acreedor el derecho de hacerse pagar con preferencia a los otros acreedores...".

El *fundamento* está orientado a facilitar al deudor modesto y de escasos recursos la obtención de crédito, mediante la entrega de la cosa prendada.

Para que el privilegio subsista, el acreedor debe conservar la cosa en su poder (art. 3889, 2ª parte); pero si ha sido desposeído de la prenda contra su voluntad, puede reivindicarla durante tres años (art. 3890).

El privilegio del acreedor prendario es mantenido sin variante alguna por la Ley de Concursos 24.522.

378. 10) PRIVILEGIOS AJENOS AL CÓDIGO CIVIL.– Entre los privilegios especiales sobre cosas muebles extraños al Código Civil, han de tenerse presentes los que resultan del Código de Comercio y de la Ley de Concursos; los de los Códigos Aeronáutico, Penal y de Minería y el derivado de la prenda con registro.

379. D) PRIVILEGIOS ESPECIALES SOBRE INMUEBLES. 1) PRIVILEGIO DEL VENDEDOR DE INMUEBLE.– El artículo 3924 establece: "El vendedor de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago, o fiádose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder del deudor..."

El *fundamento* del privilegio es igual que el del vendedor de cosas muebles: el vendedor ha ingresado el bien en el patrimonio del deudor con beneficio para todos los demás acreedores. Asimismo se desvanece este privilegio si se declara el concurso del deudor (véase nº 369, *in fine*).

380. 2) PRIVILEGIO DEL PRESTAMISTA DE DINERO PARA LA ADQUISICIÓN DE UN INMUEBLE.– Está regulado por el art. 3927 "El que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble, goza de privilegio sobre el inmueble para el reembolso del dinero dado, con tal que por la escritura de adquisición, conste que el inmueble ha sido pagado con el dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa".

Se trata de un precepto que completa los supuestos de subrogación contemplados en los arts. 768, inc. 3º y 770.

La ley 19.551 no mantuvo este privilegio e igual criterio sigue la ley 24.522, por lo cual no funciona en caso de concurso, presentándose una situación similar a la explicada en el nº 369, *in fine*.

381. 3) PRIVILEGIO DE LOS COPARTÍCIPES.– Lo establece el art. 3928: "Los coherederos y todos los copartícipes que han dividido una masa de bienes muebles e inmuebles, o varios muebles determinados, tienen privilegio por la garantía de la partición sobre los bienes antes indivisos, y también por el precio de la licitación del inmueble adjudicado a alguno de ellos".

Ha de tenerse presente que aunque la ley 17.711 no ha modificado el texto de este artículo *ha derogado sin embargo el art. 3467,* que establecía el derecho de los coherederos a la licitación y retocado sólo algunos de los artículos que se referían a ella.

El *fundamento* de este privilegio reside en el principio de igualdad que ha de reinar entre los copartícipes, y en la presunción de que el consentimiento prestado a la partición se basa en la inteligencia de que cada cual se desprende de un derecho indiviso sobre el conjunto de los bienes comunes, siempre que se adjudique a *todos por igual,* partes equivalentes.

El privilegio ampara a todo aquel que sufre evicción con respecto al bien mueble o inmueble que le ha sido adjudicado en una partición, siempre que la causa del desapoderamiento remonte a la época anterior al cese de la indivisión.

Tampoco funciona este privilegio en el régimen del concurso, presentándose la misma situación explicada en el nº 369, *in fine*.

41

382. 4) PRIVILEGIO DEL DONANTE.– Resulta del art. 3930: "El donante tiene privilegio sobre el inmueble donado por las cargas pecuniarias u otras prestaciones líquidas, impuestas al donatario en el acto que comprueba la donación".

El *fundamento* de este privilegio es similar al del vendedor ya que el donante ha ingresado en el patrimonio del deudor un bien que beneficia a los demás acreedores.

La ley 19.551 suprimió este privilegio y la ley 24.522 mantiene la supresión.

383. 5) PRIVILEGIO DE ARQUITECTOS, EMPRESARIOS Y OBREROS DE LA CONSTRUCCIÓN.– De acuerdo con el art. 3931, primera parte: "Los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros que han sido empleados por el propietario para edificar, reconstruir o reparar los edificios u otras obras, gozan por las sumas que les son debidas, de privilegio sobre el valor del inmueble en que sus trabajos han sido ejecutados...".

El *fundamento* de este privilegio apunta a evitar que los demás acreedores se enriquezcan a costa de los beneficiarios del privilegio.

Este privilegio aparece simplificado y fortalecido por la ley 24.522 que lo deja incluido en el referente a los "gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa" (art. 241, inc. 1º).

384. 6) PRIVILEGIO DEL PRESTAMISTA DE DINERO PARA PAGAR A ARQUITECTOS, EMPRESARIOS Y OBREROS.– Resulta del art. 3932: "Las personas que han prestado dinero para pagar a los arquitectos, empresarios u obreros, gozan del mismo privilegio que éstos, siempre que conste el empleo del dinero prestado por el acto del empréstito, y por los recibos de los acreedores primitivos".

Resulta claro que se trata sustancialmente del mismo privilegio estudiado en el número anterior, que la ley extiende a quien ha prestado el dinero necesario para pagar a los arquitectos, empresarios, etcétera.

Es un supuesto de subrogación legal que resulta no de *haber pagado* una obligación sino de *haber prestado* el dinero para que el deudor lo haga. Aunque la ley 24.522 no menciona expresamente este privilegio, no ha habido cambio alguno al respecto, por la asimilación que el art. 3932 hace al subsistente privilegio de los arquitectos, etcétera, por cuya asimilación ingresa al privilegio de los gastos de construcción ya citados.

385. 7) PRIVILEGIO DEL PROVEEDOR DE LOS MATERIALES DE LA CONSTRUCCIÓN.– Lo establece el art. 3933: "Los que han suministrado los materiales para la construcción o reparación de un edificio u otra obra que el propietario ha hecho construir, o reparar con esos materiales, tienen privilegio sobre el edificio, o sobre la obra que ha sido construida o reparada".

El privilegio cubre la provisión de materiales contratadas por el dueño del inmueble y no la obtenida por cuenta del empresario. Sin embargo el proveedor del empresario tiene *acción directa* (aunque sin privilegio) contra el dueño del inmueble, "hasta la cantidad que éste adeuda al empresario" (art. 1645) (ver *infra*, núms. 438 y sigs.).

Este privilegio está mantenido en el régimen del concurso por su clara inclusión dentro de los "gastos de construcción, mejora o conservación de una cosa" (art. 241, inc. 1º, ley 24.522).

386. 8) PRIVILEGIO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.– Este privilegio está contemplado en el art. 3934: "Los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con la hipoteca".

El *fundamento* de este privilegio es similar al del acreedor prendario.

El privilegio ampara al crédito, *cualquiera sea el origen de éste,* que cuente con la garantía de la hipoteca; el privilegio no está ligado a la naturaleza de la obligación, sino que depende de que se haya constituido o no la garantía.

Además del capital, el privilegio cubre: a) "los intereses o rentas debidas por dos años, y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago" (art. 3936); b) los costos y gastos del juicio (art. 3111); c) los daños e intereses, a que el deudor puede ser condenado por causa de la inejecución de una obligación (art. 3111).

El *asiento* del privilegio es el inmueble hipotecado y los accesorios que lo integran.

El privilegio no es oponible a los demás acreedores si la hipoteca no está inscripta en el Registro de la Propiedad. Si se inscribe dentro de los seis días de su otorgamiento o en el mayor plazo que corresponda en razón de la distancia (art. 3137), produce efectos desde la fecha de su otorgamiento (art. 3149). Si la inscripción es posterior, la hipoteca sólo es oponible a terceros desde el día en que se inscribió (art. 3934, 2ª parte). "Las inscripciones del mismo día concurren a prorrata" (art. 3934, parte final).

Según dispone el art. 3151 la preferencia del acreedor hipotecario dura veinte años, si antes no se renovase.

Este privilegio ha sido mantenido sin variantes por la Ley de Concursos 24.522 (art. 241, inc. 4º).

387. 9) PRIVILEGIOS AJENOS AL CÓDIGO CIVIL. PRIVILEGIO DEL ARRENDATARIO RURAL.– Lo establece el art. 12 de la ley 13.246: "El crédito del arrendatario por reintegro del valor de las mejoras y reparaciones, sus intereses y costas, gozará de privilegio especial sobre el inmueble arrendado, en grado preferente a todos los demás, inclusive al del acreedor hipotecario y lo facultará a ejercitar el derecho de retención".

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra,* núm. 369, *in fine*).

388. PRIVILEGIO DEL AVIADOR DE MINAS.– Resulta del art. 295 del Código de Minería: "El avío es un contrato por el cual una persona se obliga a suministrar lo necesario para la explotación de una mina. Los aviadores tienen preferencia sobre todo otro acreedor".

Este privilegio no subsiste en caso de concurso o quiebra (ver *supra,* núm. 369, *in fine*).

389. PRIVILEGIO DEL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.– Fue creado por el art. 17 de la ley 13.512: "La obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del art. 3266 del Código Civil, aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición; y el crédito respectivo goza del privilegio y derechos previstos en los arts. 3901 y 2686 del Código Civil".

Debe señalarse que el art. 3901 se refiere al privilegio del conservador de *cosa mueble,* por lo que estrictamente el privilegio del consorcio carece de *asiento,* ya que aquí se trata de inmuebles. Se impone una reforma legislativa que subsane el error, siendo lamentable que la ley 17.711 no haya contemplado el caso.

390. EL PROBLEMA DEL ORDEN DE LOS PRIVILEGIOS.– El tema de los privilegios, de suyo complicado, presenta una dificultad especial cual es la de saber en qué orden han de funcionar los distintos privilegios creados por el legislador, cuando se produce colisión entre ellos.

Como el estudio pormenorizado de esta cuestión, que ha dividido a los intérpretes y aun a los proyectos de reforma, excedería los límites de esta obra, nos limitaremos a señalar las principales reglas aplicables.

a) El crédito por gastos de justicia es preferido a todo otro crédito (art. 3900).

b) Cuando el Código dirime un conflicto entre dos privilegios, la prelación resultante no sólo sirve de solución del conflicto contemplado expresamente, sino que *indica una pauta* para resolver la pugna de uno de esos privilegios con otro que presente analogía sustancial con el ya considerado. Si bien la analogía no es apta para *crear* un privilegio, creación que sólo puede resultar de la ley, en cambio, sí es apropiado utilizarla para ubicar el rango de un privilegio *creado por la ley sin definir su orden.*

c) El conflicto entre un privilegio *general* y uno *especial,* se dirime a favor de éste si no hay una norma legal de solución, o si falla la resultante de la interpretación analógica. Este criterio resulta del juego de los arts. 3898, 3899, 3915, 3918 y 3919 y lo reitera la ley 24.522, arts. 240 y 246.

d) El conflicto entre los privilegios generales sobre bienes del concurso se dirime a favor de los créditos por concepto de *sueldos, salarios y remuneraciones* de dependientes del concursado. Los demás privilegios generales concurren paritariamente entre sí,sobre el 50% del producido líquido de los bienes no afectados a privilegios especiales (conf. arts. 247 y 249 de la Ley de Concursos 24.522).

e) Por último y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3920: "Los créditos privilegiados que están en la misma clase serán pagados por concurrencia entre ellos como los simples quirografarios", norma que reitera el art. 249 de la Ley de Concursos.

391. DERECHO DE RETENCIÓN; CONCEPTO.– El art. 3939 define el derecho en cuestión en estos términos: "El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa".

392. NATURALEZA JURÍDICA.– La doctrina ha ensayado al respecto distintas teorías:

a) *Teoría del derecho real:* algunos autores entienden que se trata de un derecho real; no compartimos este criterio que resulta refutado por el propio Código Civil, que no enumera el derecho de retención entre los derechos reales que sólo pueden ser creados por la ley (conf. arts. 2502 y

42

2503). Por lo demás cabe señalar que el retenedor carece del *ius persequendi* propio de los derechos reales.

b) *Teoría del derecho personal:* Para algunos autores el derecho de retención sería un derecho personal, porque accede a un derecho creditorio que siempre es personal. Sin embargo, cabe señalar que la accesoriedad trasunta una relación de *dependencia* pero no implica la *identidad de naturaleza* de los derechos ligados por ella. Así la prenda y la hipoteca (derechos reales) son accesorios de los derechos de crédito (personales).

c) *Teoría de la excepción procesal:* A nuestro juicio el derecho de retención, configura sustancialmente una excepción procesal. El retenedor goza de una excepción dilatoria por la cual se resiste a ser desapoderado de la cosa que se le reclama, hasta ser desinteresado.

393. CARACTERES.– El derecho de retención presenta los siguientes caracteres:

a) Es *accesorio* de un crédito para cuya seguridad se confiere y carece de existencia autónoma.

b) Es *indivisible* y "...puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma su objeto" (art. 3941).

c) Es una *excepción procesal* que dilata la entrega de la cosa hasta que el retenedor es desinteresado.

394. REQUISITOS.– Para que se configure el derecho de retención son necesarios estos requisitos:

a) Es necesario que el retenedor tenga la cosa en su poder: no es necesario la posesión *animus dómine*; basta la simple tenencia.

b) El retenedor debe tener un crédito cierto y exigible contra el propietario de la cosa. No se requiere que el crédito sea líquido.

c) Debe mediar una relación de conexidad entre el crédito y la cosa; como dice el Código, el crédito debe haberse originado en *razón de la cosa.*

395. RETENCIÓN Y PRIVILEGIO. LEY 17.711.– Hasta la sanción de la ley 17.711 el derecho de retención nada tenía que ver con el privilegio, porque la retención no implicaba preferencia alguna a favor del retenedor en el

sistema del Código. Es lo lógico, porque el derecho de retención no se refiere al producido de la cosa (que puede suscitar una cuestión de preferencia) sino a la cosa misma.

De allí que el retenedor pudiera negarse a entregar la cosa, pero no impedir su venta. En el sistema del Código el derecho de retención funcionaba frente al deudor y a los acreedores comunes pero no frente a los acreedores privilegiados.

Desde luego, podía ocurrir que el *crédito* del retenedor gozara de privilegio si quien retenía era conservador, acarreador, obrero o artesano. Pero esto derivaba de la naturaleza del crédito y no de la retención. Buena prueba de ello era que otros retenedores no gozaban de privilegio porque el crédito de que eran titulares carecía de preferencia (caso del locatario que hace mejoras útiles recuperables; mandatario, en el supuesto del art. 1956; poseedor que tiene un crédito por mejoras útiles, etc.).

En cambio la antigua Ley de Quiebras 11.719 otorgaba al retenedor el privilegio especial a que se refiere su art. 130, inc. 11. La ley 17.711, sin razón suficiente trastornó todo este orden acordando al derecho de retención el carácter de un superprivilegio que no tiene *fundamento* razonable.

En efecto, la mencionada ley dejó intacta la primera parte del art. 3946, que dispone que "el derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios generales". Pero le hizo al artículo dos agregados que hacen a la reforma desmesurada y contradictoria.

Desmesurada, porque el art. 3946 en su nuevo apartado segundo hace prevalecer el derecho de retención sobre *todos* los privilegios especiales, si ha comenzado a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados, lo que no se justifica.

Contradictoria porque el nuevo apartado tercero dispone que "el derecho de retención o la garantía otorgada en substitución subsiste en caso de concurso o quiebra". Con esto el derecho de retención *impide* el ejercicio de los privilegios generales, en contra de lo dispuesto por el primer apartado del artículo.

La Ley de Concursos ha venido a superar esta contradicción al establecer ahora que "la quiebra suspende el ejercicio del derecho de retención sobre bienes susceptibles de desapoderamiento", lo que implica la tácita derogación del apartado tercero del art. 3946.

En cuanto a los demás, sin embargo, la Ley de Concursos ha ratificado el grado eminente acordado al privilegio del retenedor, que prevalece sobre todos los otros privilegios generales o especiales, y sólo queda postergado por los gastos de justicia en la medida en que éstos sean útiles. Es

una jerarquía injustificada porque la retención es una mera situación de hecho, que ahora viene a acordar una preferencia que no siempre merece el crédito indiscriminado que dio origen a esa retención.

396. EFECTOS.– Los efectos del derecho de retención deben examinarse con relación al retenedor, al dueño de la cosa y a los terceros.

a) *Respecto del retenedor:* El derecho de retención le confiere a su titular derechos y deberes.

Entre los derechos, cabe señalar el de recuperar la cosa cuando ha sido desposeído de ella contra su voluntad por el propietario o por un tercero (art. 3944).

En el régimen del Código Civil, cuando se trataba de cosas muebles el retenedor sólo podía ejercer este derecho tratándose de cosas robadas o perdidas. Luego de la ley 17.711, el art. 2788 reformado permite el ejercicio de acciones posesorias también con respecto a las cosas muebles; por ello el retenedor puede ejercer la acción de despojo con respecto a cosas muebles o inmuebles.

Otro derecho importante del retenedor es el de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que le cause la desposesión de la cosa. Finalmente goza del privilegio mencionado en el número anterior.

Los principales deberes del retenedor son cuidar de la cosa; abstenerse de *usarla* pues el uso es extraño a su derecho y finalmente, restituirla cuando se ha extinguido el crédito garantizado o el mismo derecho de retención.

b) *Respecto del deudor dueño de la cosa:* La retención ejercida por el acreedor no priva al dueño de la cosa de su calidad de tal, y goza de las prerrogativas inherentes al dominio (hacer suyos los frutos; enajenar la cosa sin perjuicio de los derechos del retenedor, etc.).

c) *Respecto de los terceros:* Si se trata de sucesores singulares del deudor su situación es similar a la de éste.

Si se trata de acreedores quirografarios, ellos pueden embargar y hacer subastar la cosa (art. 3942), con la salvedad de que el adjudicatario no podrá entrar en posesión de la cosa si no desinteresa al retenedor. Asimismo deben respetar la prioridad de cobro que ahora tiene el retenedor.

397. SUSTITUCIÓN.– Siempre es factible sustituir la retención que ejerce el acreedor retentista por una garantía suficiente que le asegure el

cobro de su crédito. Así lo había entendido la jurisprudencia y lo dispone ahora el agregado hecho al art. 3943 del Código Civil, por la ley 17.711.

398. EXTINCIÓN.– El derecho de retención se extingue:

a) Por *vía de consecuencia*: cuando se extingue el crédito al cual accede.

b) Por *vía principal:* cuando el retenedor hace entrega o abandono voluntario de la cosa, en cuyo caso no renace "aunque la misma cosa volviese por otro título a entrar en su poder" (art. 3943).

II. ACCION SUBROGATORIA

399. CONCEPTO.– Es una facultad conferida a los acreedores, en virtud de la cual ellos pueden gestionar los derechos del deudor que éste deja abandonados.

Se denomina *subrogatoria,* porque los acreedores que la utilizan se subrogan a su deudor; se la llama también *oblicua o indirecta* porque el resultado de la gestión ingresa en el patrimonio del deudor y no en el de los acreedores, que sólo aprovechan de la gestión realizada en forma indirecta.

400. METODOLOGÍA DEL CÓDIGO: CRÍTICA.– Nuestro Código dedica a la acción subrogatoria el escueto precepto del art. 1196 copiado del art. 1166 del Código francés. El art. 1196 dice: "Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor con excepción de los que sean inherentes a su persona".

La metodología del Código ha sido criticada: trata de la acción subrogatoria al reglar los efectos de los contratos, lo que no es correcto pues su lugar propio es la teoría general de la obligación. Por lo demás el único precepto que le dedica es demasiado lacónico, ya que deja libradas al intérprete cuestiones importantes que debieron recibir una solución legal expresa.

Los proyectos de reforma subsanan este doble error, ubicando la acción subrogatoria en la teoría general de la obligación y reglamentando adecuadamente su funcionamiento.

401. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DERECHO COMPARADO.– El origen remoto de la acción subrogatoria está en el Derecho Romano, si bien es por la obra

de los glosadores y del antiguo derecho francés que esta facultad se define como un dispositivo normal que integra el cúmulo de atribuciones del acreedor sobre los bienes de su deudor. Ya la costumbre de Normandía aceptó la acción subrogatoria en el supuesto particular de inacción del deudor con respecto a la herencia que le corresponde recibir.

Esos antecedentes dieron origen al art. 1166 del Código francés, que ha tenido considerable influencia en la legislación universal.

La orientación francesa es seguida entre otros por los códigos italiano, rumano, uruguayo, costarricense, peruano y por el Código Civil portugués de 1966 (arts. 606-609).

En cambio otros códigos como el alemán, suizo de las obligaciones, chileno, brasileño, etcétera, no hacen referencia a esta acción. A pesar de ello la doctrina brasileña y la chilena reconocen al acreedor la facultad que estudiamos.

402. IMPORTANCIA DE ESTE REMEDIO.– Cuando el deudor debe recibir una suma de dinero, el embargo de ese crédito resulta para el acreedor un remedio útil y eficaz, y en estos casos no presentará quizás ventaja ejercer la acción subrogatoria, a menos que el deudor sea remiso en urgir el pago de lo que se le debe.

En cambio, la acción subrogatoria resulta realmente útil cuando los derechos omitidos son créditos de objeto distinto del dinero y cuando son derechos reales: para ellos el embargo no es suficiente, pues a fin de lograr el emolumento que el derecho brinda, es necesario practicar una gestión compleja, que sólo puede concretarse si el acreedor se sustituye al deudor y actúa en su lugar.

Por lo demás esta posibilidad de sustitución obra como un estímulo sobre el deudor, si éste quiere evitar verse sustituido por sus acreedores en el ejercicio de sus derechos.

403. NATURALEZA JURÍDICA.– ¿Qué es, desde el punto de vista jurídico esta facultad de la cual goza el acreedor? Las respuestas de la doctrina no son por cierto unánimes; las analizaremos a continuación.

404. a) TEORÍA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS– Quienes la sostienen piensan que el acreedor actuaría aquí como un gestor de los negocios del deudor. Pero basta para refutarla la consideración de que mientras el gestor actúa con una finalidad altruista, el subrogante ejerce el derecho de su deudor, al solo efecto de poder cobrar su crédito.

405. b) TEORÍA DE LA CESIÓN TÁCITA.– Funda la acción subrogatoria en una cesión tácita que haría el deudor de sus derechos. Pero cabe señalar que la asimilación es impropia, porque el subrogante no necesita el consentimiento del deudor y aun puede actuar *contra su voluntad* lo que destruye la idea de una cesión; además el deudor continúa siendo dueño de sus derechos que en ningún momento *cede*.

406. c) TEORÍA DEL MANDATO LEGAL.– Sería la ley quien confiere al acreedor un *mandato legal* para ejercer los derechos del deudor.

La teoría cae por su base si se tiene en cuenta que el acreedor subrogante actúa en su exclusivo interés mientras que en el mandato no cabe que el mandatario haga otro tanto (art. 1892).

407. d) TEORÍA DE LA *PROCURATIO IN REM SUAM*.– Para numerosos autores el acreedor subrogante es un *procurator in rem suam*. Si bien habría cierta analogía de situaciones, la doctrina no es exacta pues mientras el *procurator in rem suam* era considerado dueño del negocio, el subrogante no lo es.

408. e) TEORÍA DEL TÍTULO PROPIO.– Para algunos autores se trataría de un derecho propio del acreedor. La explicación es exacta pero insuficiente, porque decir que algo es un derecho no aclara cuál es la naturaleza jurídica de ese derecho.

409. f) NUESTRA OPINIÓN: INSTITUCIÓN COMPLEJA.– La acción subrogatoria es una institución compleja que participa de las características de otras instituciones con las cuales, sin embargo, no se confunde. Para nosotros es una *representación legal en interés del representante*.

Es *representación* porque se trata del ejercicio de derechos *ajenos* que no pierden su calidad de tales; es *legal* porque la confiere la ley sin consultar y aun contrariando la voluntad del representado; es en *interés del representante* porque éste ejerce los derechos del deudor al solo fin de poder cobrar el crédito que tiene contra él.

410. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA.– La razón de ser de la acción subrogatoria reside en el principio según el cual el patrimonio del deudor constituye la garantía colectiva de los acreedores. Estos quedarían expuestos a graves perjuicios si el deudor pudiese impunemente, por descuido o negligencia, dejar consumar su ruina o un empobrecimiento creciente.

411. CARÁCTER CONSERVATORIO O EJECUTIVO DE LA ACCIÓN.– Se sustentan sobre el particular diversos pareceres:

a) Para algunos la acción tiene *carácter conservatorio* pues el subrogante sólo procuraría mantener incólume el patrimonio de su deudor.

b) Para otros tiene *carácter ejecutivo* pues tiende a la satisfacción del crédito del acreedor, mediante la apropiación de bienes y valores que el deudor deja abandonados.

c) Para una tercera opinión tiene un *carácter mixto,* según que el subrogante se limite a *conservar* la integridad del patrimonio del deudor o bien actúe *ejecutivamente* apropiándose directamente de los bienes para satisfacer su crédito.

d) Otros autores entienden que la acción tiene *carácter sui generis* pues no puede decirse estrictamente que tenga carácter conservatorio o ejecutivo: se trataría de un remedio legal de características singulares (Planiol, Ripert y Radouant).

e) En nuestra opinión, que se aproxima a la mencionada en el punto d), la acción tiene un *carácter abstracto y neutro* que no puede identificarse con la función conservatoria o ejecutiva; en sí misma *tiene un carácter puramente instrumental,* y serán los derechos ejercidos mediante ella, los que podrán calificarse de actos conservatorios o ejecutivos.

412. OTROS CARACTERES COMPLEMENTARIOS.– Según se ha visto no puede definirse de antemano el *contenido* de la acción subrogatoria; pero sí pueden señalarse determinados caracteres que la identifican en forma adecuada:

a) Es una acción *individual* que puede ejercer cualquier acreedor a menos que se declare la quiebra o el concurso civil del deudor, que paralizan las acciones individuales para dar lugar a la ejecución colectiva.

b) Es una acción *indirecta* porque el subrogante actúa en representación del deudor y el producto de su gestión ingresa en el patrimonio de éste.

c) Es una acción *facultativa* porque ningún acreedor está obligado a ejercerla. Ni siquiera *los acreedores del acreedor* pueden forzarlo a ejercerla.

d) Es una acción *personal* porque el subrogante carece de todo derecho real sobre los bienes objeto de su gestión.

e) *No es subsidiaria* de otra acción que pudiera tener el subrogante quien no está obligado a promover ningún proceso previo, aunque disponga de las acciones pertinentes.

f) Tampoco es de *orden público* y el acreedor y el deudor pueden acordar ya sea que no se ejercerá, o por el contrario, que podrá ejercerse con mayor extensión que la que la ley le reconoce.

413. ACCIONES Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE SUBROGACIÓN. PRINCIPIO.– Como expresa el art. 1196, son materia de subrogación *"todos los derechos y acciones del deudor"*, con tal que sean aptos para procurar un resultado útil al acreedor.

Así ante la inacción del deudor, los acreedores pueden sustituirse a él, a fin de cobrar créditos adeudados por terceros; reivindicar inmuebles poseídos por terceros; demandar la indemnización de los daños patrimoniales causados por incumplimiento de contratos o por hechos ilícitos; demandar la entrega de bienes de una persona presuntamente muerta de quien el deudor fuese heredero; pedir la partición de bienes que el deudor tuviese indivisos con sus condóminos o coherederos, etcétera.

Lo que no podrían hacer los acreedores sería sustituirse al deudor en cuanto a la administración de sus bienes aunque la explotación que haga el deudor sea defectuosa o antieconómica. El derecho del acreedor por respetable que sea no justifica semejante restricción de la libertad del deudor.

414. EXCEPCIONES.– El principio de la subrogación a pesar de ser muy amplio, *no es absoluto.* Por lo pronto el código exceptúa de la subrogación los derechos inherentes a la persona; a su vez la doctrina ha concretado otras excepciones que son: los derechos extrapatrimoniales; los derechos patrimoniales inembargables y las simples facultades del deudor.

415. I) DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA.– Un derecho ha de considerarse inherente a la persona, cuando ya por su naturaleza, ya por una expresa disposición de la ley, no se concibe su ejercicio independientemente del individuo humano a favor de quien está instituido.

En general ha de entenderse que un derecho es por su *naturaleza* inherente a la persona cuando su ejercicio es influido por la apreciación de

un *interés moral* sin que cuadre comparar la importancia de ese interés, con el valor pecuniario que pueda representar el derecho, pues son elementos heterogéneos no comparables. Tal el caso de la revocación de una donación por causa de ingratitud; la acción de exclusión de herencia por indignidad del heredero; la acción de reparación del agravio moral; los derechos patrimoniales subordinados al ejercicio de una acción de estado, etcétera.

416. II) DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES.– Estos derechos no tienen por sí significación pecuniaria y los acreedores no pueden sustituirse al deudor en su ejercicio pues ello importaría un verdadero abuso. Entran en esta categoría las acciones de estado, y las acciones del derecho de familia.

417. III) DERECHOS INEMBARGABLES.– Hay ciertos derechos, que aunque por su naturaleza son patrimoniales, han sido excluidos por el legislador de la posible acción de los acreedores. Son los que hemos mencionado en el número 331, los cuales, naturalmente, si no pueden ser embargados tampoco pueden ser objeto de la acción subrogatoria.

418. IV) LAS SIMPLES FACULTADES DEL DEUDOR.– Con esta terminología se identifican las aptitudes que la ley reconoce a favor de las personas: constituyen una posibilidad abierta a favor del sujeto, pero hasta su efectivo ejercicio no son más que una pura eventualidad que puede no llegar a concretarse nunca. Antes de la ley 17.711, que derogó los arts. 4044 y 4045 la noción de mera facultad se contraponía en el Código a la de derecho adquirido. Pensamos que a pesar de la reforma esta terminología sigue teniendo virtualidad y utilidad conceptual y por ello decimos que *los acreedores pueden ejercer los derechos adquiridos del deudor pero no sus simples facultades*.

Por aplicación de lo expuesto no pueden ser materia de subrogación: las facultades de administración de los bienes, la de contratar, la de hacer valer un pacto de preferencia, la de oponerse el deudor socio a la disolución de la sociedad, la de ejercer la acción subrogatoria con respecto de quien sea deudor del deudor, las que integran el derecho moral de autor, etcétera.

Sin embargo, cuando la ventaja del ejercicio de una facultad sea tan evidente que no ejercerla represente un *abuso* por parte del deudor, pueden los acreedores ejercer las facultades omitidas. Así se han considerado

subrogables la facultad de aceptar una herencia o legado, la de hacer valer un pacto de retroventa, de reventa o de mejor comprador, la de ejercer la resolución por incumplimiento del contrato, etcétera, *siempre que sean de provecho manifiesto y que el deudor no tenga un motivo legítimo para no ejercerlas*.

Por último pensamos que también son subrogables las *opciones* de origen contractual o legal abiertas a favor del deudor cuando no importen *crear* una situación nueva sino definir una *situación* ya existente (por ej. opción de compra de un bien, posibilidad de hacer valer una condición resolutoria, etc.).

419. JURISPRUDENCIA.– La jurisprudencia ha aplicado los principios antes enunciados en numerosos fallos para cuyo análisis, remitimos a los tratados generales y a los repertorios de las revistas especializadas.

420. V) SUPUESTOS CONTROVERTIDOS.– Existe duda en la doctrina y jurisprudencia con respecto al ejercicio de la acción subrogatoria en distintos casos que mencionaremos a continuación.

421. A) DAÑOS Y PERJUICIOS PROVENIENTES DE HECHOS ILÍCITOS.– Para la opinión hoy prevaleciente ha de distinguirse el carácter del daño. Si el daño es *patrimonial* los acreedores del damnificado pueden subrogarse en sus derechos; en cambio si se trata del agravio moral sería en verdad inconcebible que los acreedores pudieran invocar el dolor de su deudor, para *aplicarlo* al pago de sus créditos.

422. B) ACCIONES DE NULIDAD RELATIVA.– Cuando la nulidad es absoluta puede ser invocada por "todos los que tengan interés en hacerlo" (art. 1047), lo que incluye desde luego a los acreedores.

En cambio el problema se plantea con respecto a la nulidad relativa que sólo puede ser invocada por "aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes" (art. 1048).

Si bien la mayoría de la doctrina entiende que esta acción es subrogable en todo caso, nosotros pensamos que se trata de una facultad del deudor que éste puede no ejercer (confirmando el acto, dejando prescribir la acción, etc.). Sólo cuando la abstención del deudor sea realmente abusiva estarán autorizados los acreedores para ejercer la facultad omitida.

423. C) ACCIONES POR RESOLUCIÓN O RESCISIÓN DE CONTRATO.– Juzgamos que los acreedores pueden ejercer estas acciones siempre que de ello resulte un provecho manifiesto y el deudor no tenga una razón fundada para abstenerse de demandar la resolución o rescisión. Cabe señalar sin embargo que este criterio no es unánime en la doctrina por lo que incluimos el caso entre los supuestos controvertidos.

424. ACREEDORES A QUIENES SE OTORGA LA ACCIÓN SUBROGATORIA.– En principio cualquier acreedor puede ejercer la acción sea quirografario o privilegiado y aunque goce de garantía real. No interesa que la fecha del crédito sea anterior o posterior a la de nacimiento del derecho del deudor que se pretende ejercer.

Se ha dudado en cuanto a los acreedores condicionales y los acreedores a plazo; la doctrina francesa y nuestra propia jurisprudencia les niegan el ejercicio de la acción subrogatoria; otras opiniones se lo acuerdan como a los demás acreedores.

A nuestro juicio la doctrina correcta es la que distingue en función de la finalidad perseguida: si se trata de *actos conservatorios* los acreedores eventuales o a plazo, pueden ejercer la acción; si se trata de *actos de ejecución* no pueden hacerlo, pues no son titulares de derechos inmediatamente exigibles.

425. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA.– Sólo son *esenciales* tres requisitos: a) calidad de acreedor en el subrogante; b) inacción del deudor con respecto al ejercicio de un derecho propio; c) interés legítimo del acreedor.

Hay otros recaudos no necesarios, algunos *útiles* como la citación del deudor, otros *superfluos* como la autorización judicial, que sólo es necesaria como requisito de forma en el supuesto del art. 3351 (aceptación de herencia).

426. *Primera condición esencial:* a) *calidad de acreedor en el subrogante.*– Quien intenta la subrogación debe demostrar, por lo pronto, su calidad de acreedor, para lo cual deberá suministrar las pruebas necesarias. Basta que se trate de un crédito exigible, sin que sea necesario que sea líquido, ni que conste de un instrumento auténtico. La prueba debe rendirse de acuerdo con las reglas generales ya que el subrogante, por el hecho de serlo, no está sometido a reglas especiales en cuanto a la prueba de su derecho.

427. *Segunda condición esencial:* b) *inacción del deudor.* – El subrogante debe naturalmente, probar la inacción o pasividad del deudor que es el presupuesto de aplicación de la acción subrogatoria; pero probando la mera inacción cumple con el requisito, sin que sea necesario que la pasividad del deudor ponga en peligro el derecho de que se trate. Tampoco está obligado el subrogante a constituir en mora al deudor en el ejercicio del respectivo derecho ni siquiera a cursarle una intimación previa.

La inacción del deudor puede ser *inicial,* cuando desde el primer momento se abstiene de ejercer sus derechos, o *sobreviniente* cuando abandona sin razón una gestión comenzada. En ambos casos procede la subrogación.

Cabe recordar que la mala administración que el deudor haga de sus asuntos, no se confunde con su inacción ni autoriza el ejercicio de la acción.

428. *Tercera condición esencial:* c) *interés legítimo del acreedor.* – Toda acción necesita como presupuesto un interés legítimo y lo propio ocurre con la acción subrogatoria. El interés legítimo del acreedor se presume por su condición de tal, y quien sostenga lo contrario tiene el cargo de probarlo. Sin embargo, como se trata de una facultad excepcional, si el interés legítimo del acreedor resulta satisfecho por otros medios, por ejemplo si el deudor ofrece garantía bastante o da bienes suficientes a embargo, la subrogación no sería procedente.

Cabe señalar que el solo hecho de que el crédito sea privilegiado o goce de garantía real no basta de por sí para excluir el ejercicio de la acción, pues el acreedor puede verse amenazado por la concurrencia de un acreedor con mejor derecho, y en tal caso la inacción del deudor con respecto a su patrimonio le resultará perjudicial. La apreciación del interés legítimo del acreedor es una cuestión de hecho, librada al prudente arbitrio judicial.

429. QUID DE LA CITACIÓN AL DEUDOR: ART. 112, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.– El Código Civil no exige la previa citación del deudor, por lo que se ha entendido que era procedente el ejercicio de la acción subrogatoria sin ese recaudo; sin embargo, era sumamente útil porque practicada la citación del deudor la sentencia hacía cosa juzgada para él.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impone la citación del deudor que ha dejado de ser facultativa (art. 112). Y citado el deu-

45

dor él puede hacerse parte en el pleito desplazando al acreedor subrogante, o actuando como litis-consorte del mismo. "La sentencia hará cosa juzgada en favor o en contra del deudor citado, haya o no comparecido" (art. 114, Cód. Proc.).

430. RECAUDOS SUPERFLUOS.– Se considera que son superfluos los siguientes recaudos:

a) Que el acreedor tenga un título ejecutivo, ya que la subrogación no implica necesariamente ejecución de bienes del deudor.

b) Que el deudor haya sido constituido en mora.

c) Que se haga previa excusión de los bienes del deudor; el acreedor tiene libertad de elegir dentro del patrimonio del obligado los bienes con los cuales enjugar su crédito.

d) Que el crédito del subrogante sea de fecha anterior al derecho del deudor que se quiere ejercer: en efecto, todos los bienes del deudor sin distinción de fechas de adquisición están afectados al pago de sus deudas.

e) Que el subrogante obtenga previa autorización judicial.

431. SUBROGACIÓN JUDICIAL: CONTROVERSIA.– Tradicionalmente se exigía la previa autorización judicial para el ejercicio de la acción subrogatoria; se consideraba que tal requisito era una consecuencia del principio que veda hacerse justicia por mano propia.

La doctrina moderna ha rechazado esta exigencia, que no es razonable. Por lo pronto la ley no la exige. Además, a la falta de norma legal se une la circunstancia de que la opinión que la requiere incurre en un error de concepto: el acreedor subrogante no se hace justicia por mano propia, porque el resultado de su gestión ingresa en el patrimonio del deudor subrogado.

Por lo demás la previa autorización judicial haría prácticamente imposible el ejercicio de la acción por la necesidad de tramitar dos pleitos: uno para recabar la autorización judicial y otro para ejercer los derechos del deudor. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 111) expresamente establece que es innecesaria la autorización judicial para ejercer la acción.

Por excepción la ley impone expresamente la subrogación judicial previa, cuando los acreedores impugnan la renuncia a una herencia efectuada por su deudor. Acá los acreedores combinan dos acciones: una *acción revocatoria* para que se declare inoponible a su respecto la renuncia del deudor y la *acción subrogatoria* propiamente dicha para poder aceptar la herencia deferida al deudor. La primera acción es el *medio utilizado para llegar al fin* propuesto, que es la subrogación.

La subrogación judicial es exigida aquí en virtud de lo dispuesto en el art. 3351, que autoriza a los acreedores de fecha anterior y a todo interesado a "...demandar la *revocación* de la renuncia que se ha hecho en perjuicio de ellos, a fin de hacerse autorizar para *ejercer los derechos sucesorios del renunciante* hasta la concurrencia de lo que les es debido".

Como la revocación de la renuncia afecta a los demás herederos, el requisito legal es razonable y por ello lo mantienen los proyectos de reforma.

432. EFECTOS DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA.– Para comprender los efectos de esta acción hay que recordar el *principio esencial* en que se basa: el derecho en juego es de *propiedad del subrogado* y no del subrogante. Por ello los verdaderos adversarios en la contienda son el tercero demandado y el deudor subrogado. El acreedor demandante es sólo un adversario aparente.

433. a) EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN ENTRE ACTOR Y DEMANDADO.– Según decimos, actor y demandado no son sino adversarios aparentes. Esto se refleja en las defensas oponibles, en el monto de la condena y en la disponibilidad del derecho discutido en el pleito.

434. DEFENSAS OPONIBLES A LA DEMANDA.– El demandado puede oponer a la demanda todas las defensas que hubiera podido hacer valer contra el deudor subrogado; actúa como si hubiera sido demandado por el deudor. Por ello su defensa puede basarse tanto en hechos *anteriores* como *posteriores* a la demanda, por ejemplo, el pago que hubiese hecho el deudor subrogado. Igualmente y por la misma razón el demandado puede reconvenir al actor; en cambio, siendo el actor un adversario solo aparente, el demandado no puede oponerle las defensas que hubiera podido hacer valer en el caso de que el acreedor actuara no como subrogante, sino como titular de un derecho propio.

435. MONTO DE LA CONDENA.– Para la doctrina que ha prevalecido, el monto de la condena debe coincidir con el importe del crédito subrogado que no se limita hasta la concurrencia del crédito del subrogante. Si la

deuda es de $ 1.000 y el crédito del subrogante es de $ 100, la condena ha de pronunciarse por $ 1.000, que ingresan en el patrimonio del subrogado. Claro está que al demandado podrá convenirle en este caso pagarle al acreedor los $ 100 de su crédito en carácter de tercero interesado, para evitar por el momento una condena muy superior.

436. DISPONIBILIDAD DEL CRÉDITO.– El subrogante no es titular del derecho que ejerce. Por ello no puede, sin el concurso del deudor, *disponer* del crédito, haciendo remisiones parciales o transacciones, recibiendo el pago o concediendo esperas. Incluso, salvo que haya embargado el crédito, debe soportar las consecuencias de los actos de disposición que efectúe el subrogado.

437. b) EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN ENTRE EL ACREEDOR SUBROGANTE Y EL DEUDOR SUBROGADO.– La subrogación origina una sustitución de personas en el manejo del derecho al cual se refiere; el subrogante queda en el lugar de su deudor e investido de sus facultades para obtener la utilidad resultante del ejercicio del derecho.

Sin embargo, como el subrogado sigue siendo titular del derecho, el subrogante no puede *incautarse* ni *apoderarse* de los bienes, y los actos que realice en este sentido no son oponibles al subrogado aunque éste haya sido parte en el juicio.

En cambio los actos constitutivos de la gestión emprendida, incluso la sentencia que la culmina, son oponibles al subrogado que haya sido parte en el juicio.

La utilidad obtenida pertenece al deudor que puede disponer de ella. El subrogante no puede apropiársela sin recurrir a las medidas comunes de embargo y ejecución. Con todo, disfruta de una importante ventaja, pues puede solicitar esas medidas en el juicio seguido en nombre del subrogado, sin que sea necesario promover un nuevo juicio para ese fin. En ese trámite el subrogado tendrá la intervención y derechos que en las leyes procesales corresponden al ejecutado.

438. c) EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN ENTRE EL DEUDOR SUSTITUIDO Y EL DEMANDADO.– En principio la subrogación no afecta la relación del demandado con su acreedor, que es el subrogado; éste, a menos que promedie un embargo, puede recibir el pago y efectuar actos de disposición del crédito.

Si el deudor subrogado ha sido parte en el juicio, la sentencia que se dicte le *perjudica* o le *beneficia* según sea su resultado, sin que la cuestión pueda ser renovada ni por el demandado ni por el subrogado en un juicio ulterior.

439. d) EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN RESPECTO DE LOS DEMÁS ACREEDORES DEL SUBROGADO.– Frente a los demás acreedores, el subrogante carece de toda ventaja especial; el resultado de su gestión ingresa en el patrimonio de su deudor e integra por ello la prenda común de todos los demás acreedores. De allí la conveniencia de que el subrogante, desde el comienzo, trabe embargo sobre el resultado de la gestión. Aun en este caso, el privilegio resultante del primer embargo puede ceder frente a privilegios de rango preferente.

A su vez, los demás acreedores no podrán intentar una nueva subrogación, a menos que el deudor no hubiese sido parte en el juicio en que se ventiló la cuestión. Si el deudor ha sido parte, la sentencia hace cosa juzgada con respecto a los demás acreedores.

440. PROCEDIMIENTO DE LA SUBROGACIÓN.– Como hemos visto la acción subrogatoria tiene un carácter abstracto e instrumental, cuyo contenido queda provisto por la sustancia del derecho ejercido. Es también el derecho ejercido el que determina el juez competente y el carácter del juicio. En lo que se refiere a la prueba, ésta ha de sujetarse a la relación jurídica sustancial entre demandado y subrogado. Por ello, el subrogante, adversario aparente, no puede utilizar pruebas que el subrogado no hubiera podido usar (por ej., citar como testigo a la cónyuge del subrogado) y le son oponibles las pruebas que podrían hacer valer contra el titular. Así, los documentos suscriptos por el subrogado tienen fecha cierta para el subrogante.

441. CESACIÓN DE LA SUBROGACIÓON.– La acción subrogatoria es un correctivo de la inactividad del deudor. Por tanto, cesa el derecho del acreedor subrogante desde que el subrogado actúa por sí mismo, según ocurre en todo tipo de representación en la cual la actuación del representado desplaza al representante. Desde luego, el trámite judicial no retrograda y el subrogado debe tomar el juicio en el estado en que se encuentra en el momento de su intervención. Si el subrogado volviera a mostrarse remiso en el ejercicio de su derecho, el subrogante tendría derecho para intervenir nuevamente en el proceso.

442. COMPARACIÓN DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA CON OTRAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA GARANTÍA COLECTIVA DE LOS ACREEDORES.– Corresponde al término de nuestro análisis comparar la acción subrogatoria con otras acciones que tienen los acreedores, tales como la revocatoria y la de simulación.

La única afinidad entre ellas es que todas se fundan en el principio de la garantía colectiva. Fuera de ello son muy disímiles.

Por lo pronto, las acciones revocatoria y de simulación atacan los actos del deudor que disminuyen en forma real o aparente la garantía de los acreedores. En cambio la acción subrogatoria no es un medio de impugnación de *actos* del deudor, sino un remedio contra sus *omisiones:* por el ejercicio de los derechos del deudor se procura hacer ingresar bienes en su patrimonio.

En cuanto al régimen aplicable, las acciones revocatoria y de simulación lo tienen fijado por la ley; en cambio el régimen de la acción subrogatoria está determinado por el derecho ejercido.

Por su mismo carácter impugnatorio, las acciones revocatoria y de simulación se ejercen en el nombre propio del impugnante; la acción subrogatoria se ejerce en nombre del deudor.

Por último y en cuanto al resultado: la utilidad de la acción subrogatoria y de la de simulación, al dejar en claro la efectiva composición del patrimonio del deudor, beneficia a todos los acreedores.

La acción revocatoria beneficia sólo al demandante; el acto impugnado es declarado inoponible a él, pero no a los demás acreedores.

III. ACCIONES DIRECTAS

443. CONCEPTO.– Se denominan *acciones directas* las que tienen ciertos acreedores para obtener que un *tercero* les pague lo debido a su deudor, hasta el importe de su propio crédito.

444. IMPORTANCIA.– Las acciones directas son sumamente ventajosas para los acreedores que disponen de ellas. Mientras el ejercicio de la acción subrogatoria hace ingresar los bienes gestionados en el *patrimonio del deudor* con beneficio para todos los acreedores, los titulares de la acción directa reservan para sí el pago efectuado por el tercero sometido a esa acción.

Esto muestra la gran importancia de las acciones directas, que vienen a significar una suerte de *privilegio sobre el crédito contra el tercero.*

445. CARÁCTER EXCEPCIONAL.– Las acciones directas que implican una enérgica protección para el acreedor son empleadas por el legislador muy excepcionalmente. Este carácter excepcional se justifica plenamente, pues si se admitiera la multiplicación de estos casos, se desquiciaría el desenvolvimiento financiero del deudor, que no podría contar con los pagos de sus propios deudores para atender sus compromisos más urgentes o necesarios.

446. FUNDAMENTO DE LAS ACCIONES DIRECTAS.– Por lo general es el principio que veda el enriquecimiento sin causa. Por ejemplo, la construcción de una casa le da al constructor el derecho de percibir el precio pactado con el propietario. Pero para realizar la obra el constructor ha debido emplear los servicios de otras personas con quienes contrata y que contribuyen a la obra realizando trabajos o proveyendo materiales (obreros, subcontratistas, proveedores, etc.). Sería inicuo que el constructor dejara de pagar a estas personas que han contribuido decisivamente al resultado obtenido y se embolsara íntegramente el precio pactado con el propietario. Por ello el art. 1645 del Cód. Civil concede a los que han puesto su trabajo o materiales en una obra, acción directa contra el propietario hasta la concurrencia de lo que éste adeude al contratista.

Otras veces el fundamento de la acción directa está en la interpretación de la voluntad de los contratantes: así, si dos personas convienen que una de ellas efectuará una prestación a favor de un tercero, es lógico concluir que éste tiene acción directa contra el promitente (art. 504).

447. CONDICIONES DE EJERCICIO.– Para el empleo de la acción directa deben reunirse cuatro requisitos:

1º) Que el titular tenga un *crédito expedito* contra su deudor, es decir, exigible y de plazo vencido.

2º) El ejercicio de la acción supone la *subsistencia de la deuda* del tercero demandado, pues en caso contrario la demanda fracasará.

3º) Es necesario que exista *homogeneidad entre los objetos debidos:* lo que el tercero demandado debe ha de ser apto para cancelar el crédito del demandante.

4º) Finalmente es necesario que la deuda del tercero *no haya sido objeto de un embargo anterior.*

No son requisitos la insolvencia del deudor, ni la constitución en mora del tercero demandado o del deudor, ni la inactividad de éste. Tampoco es necesaria la citación del deudor, pero el tercero demandado puede solicitarla para cerciorarse de la legitimidad del crédito del demandante.

448. EFECTOS DE LA ACCIÓN DIRECTA– La demanda contra el tercero que es deudor del deudor produce las siguientes consecuencias:

a) La notificación de la demanda causa el embargo del crédito a favor del demandante; por ello el tercero demandado no se libera si después de la notificación le paga a su acreedor, y el demandante podrá exigirle un nuevo pago.

b) El pago efectuado por el demandado a favor del actor lo libera a aquél frente a su acreedor, aunque éste no haya sido citado al pleito.

c) La demanda por vía de acción directa es admisible por el importe del crédito del demandante, hasta la concurrencia de lo que el demandado adeuda a su propio acreedor.

d) El demandado puede oponer al progreso de la demanda tanto las defensas que hubiera podido oponer a su acreedor (la acción directa no borra la relación sustancial entre el tercero y su acreedor) como las que tenga contra el demandante, pues éste actúa ejerciendo un derecho propio.

e) El *efecto principal de la acción directa* consiste en que el demandante se incauta de la prestación exigida al demandado, sin que ésta pase previamente por el patrimonio del acreedor del demandado.

f) Por último la acción directa no altera la relación jurídica sustancial existente entre el actor y su deudor. El actor se encuentra así con dos deudores a quienes puede demandar indistintamente: su deudor originario y el deudor de su deudor.

449. CASOS DE ACCIÓN DIRECTA.– Por su carácter excepcional, la acción directa aparece en casos muy limitados, entre los cuales cabe mencionar:

a) Acción directa recíproca entre locador y sublocatario (arts. 1591 y 1592).

b) Acción de los que ponen su trabajo o materiales en una obra contra el dueño de ésta (art. 1645).

c) Acción del mandante contra el sustituido y de éste contra aquél (art. 1926).

d) Acción del trabajador accidentado y sus derecho-habientes contra el asegurador del empleador (art. 26, inc. 1º, ley 24.557).

e) Acción del abogado o procurador contra la parte contraria condenada en costas (art. 49 de la ley 21.839).

f) Acción del reivindicante que opta por reclamar daños y perjuicios contra el nuevo poseedor para que le pague el precio impago o lo que quede a deber (arts. 2779 y 2780).

g) Acción del acreedor hipotecario para cobrar los alquileres al inquilino del inmueble hipotecado (art. 3110).

h) Acción del tercero en caso de estipulación a su favor (art. 504). Este supuesto tiene variadas aplicaciones: donación con cargo; seguros de vida; seguros colectivos por accidentes; seguros por cuenta de quien corresponda; etcétera.

450. QUID DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL DAMNIFICADO POR UN HECHO ILÍCITO CONTRA EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE.– Este problema había suscitado en nuestro derecho una honda división. Mientras la doctrina en forma casi unánime confería al damnificado acción directa contra el asegurador del agente responsable, la jurisprudencia se inclinaba a negar la posibilidad de tal acción.

Por nuestra parte hemos pensado, con la doctrina dominante, que la víctima del hecho ilícito tiene acción directa contra el asegurador del responsable en la medida de la deuda cubierta por el seguro.

En primer lugar se da la circunstancia de que el demandante es acreedor del responsable, que a su vez es acreedor del demandado (asegurador).

En segundo lugar concurren todos los requisitos de procedencia de la acción directa, especialmente la homogeneidad de las prestaciones, que consisten ambas en el resarcimiento del daño.

En tercer lugar concurre el doble fundamento de las acciones directas: habría *enriquecimiento sin causa* del agente si éste cobrase el seguro de responsabilidad civil y no indemnizara a la víctima frente a quien es responsable; por otra parte se consulta la *voluntad presunta* del asegura-

47

do, quien al contratar el seguro quiere precisamente que sea el asegurador quien cubra la indemnización del daño causado a la víctima.

Por otra parte la acción del demandante estaría claramente encuadrada en el caso del art. 504, pues pactándose en el seguro *"una ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación..."*.

451. LEY DE SEGUROS 17.418.– Esta ley zanja la cuestión, pues *de hecho* autoriza la acción directa del damnificado contra el asegurador, al permitirle a aquél que cite al asegurador en el juicio si éste no se ha recibido a prueba. Practicada la citación, "la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro" (art. 118).

452. COMPARACIÓN DE LAS ACCIONES DIRECTA Y SUBROGATORIA.– Las diferencias que presentan son las siguientes:

a) En la acción subrogatoria el *beneficio* ingresa en el patrimonio del deudor; en la acción directa se incorpora directamente en el patrimonio del acreedor demandante.

b) Quien ejerce la acción subrogatoria carece de toda *preferencia frente* a los demás acreedores; quien ejerce la acción directa reserva para sí la prestación debida, con la cual tiene una situación superior aun a la de quien ha trabado un embargo.

c) El ejercicio de la acción subrogatoria no quita al deudor la disponibilidad del crédito; en cambio la acción directa implica un embargo del crédito a favor del demandante y hace cesar la disponibilidad del crédito.

d) La acción subrogatoria se ejerce en *nombre del deudor;* el titular de la acción directa ejerce un derecho propio y actúa en su *propio nombre*.

e) La acción subrogatoria se ejerce por el *monto total* del derecho del deudor sobre el cual recae; la acción directa sólo es admisible por el *monto del crédito del actor y hasta la concurrencia de lo adeudado por el demandado*.

f) Por último la acción subrogatoria puede basarse en un crédito condicional o a plazo si sólo persigue una finalidad conservatoria; la acción directa requiere que el crédito en el que se basa sea cierto y exigible.

IV. ACCION REVOCATORIA

453. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.– Cuando una persona insolvente enajena bienes con el fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores, comete un *fraude,* con lo cual queda configurada la situación cuyo remedio procura la ley mediante la acción *pauliana o revocatoria,* concedida a los acreedores perjudicados por el fraude.

Se denomina a esta acción, en forma en realidad impropia, revocatoria, en cuanto procura que se deje sin efecto respecto del impugnante el acto del deudor. En realidad no se trata de *revocar* el acto en sentido estricto, sino de declarar que es *inoponible* al impugnante.

La denominación de pauliana evoca al pretor Paulus, que la introdujo en el Derecho Romano.

454. MÉTODO DEL CÓDIGO: CRÍTICA.– El Código trata de esta acción dentro del régimen de los vicios del acto jurídico, siguiendo a Freitas. El método es equivocado: tratándose de un recurso de los acreedores tendiente a hacer efectiva la garantía de sus créditos, su régimen debe ubicarse dentro de la teoría general de la obligación, como lo hacen todos nuestros proyectos de reforma.

455. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y FUENTES LEGALES.– El origen de esta acción se encuentra en el Derecho Romano, del cual pasó a la legislación de Partidas y al derecho francés. Todos ellos han sido tenidos en cuenta por el codificador, quien asimismo se sirvió de la obra clásica de Chardon: *Traité du dol et de la fraude* (París, 1838).

456. FUNDAMENTO.– El fundamento de la acción es el principio de la garantía colectiva. Mediante su ejercicio el acreedor procura mantener la integridad del patrimonio del deudor para poder cobrar su crédito.

457. NATURALEZA Y CARACTERES.– Si bien es frecuente que se considere a la acción revocatoria como una acción de *nulidad,* tal concepto es equivocado. El acto fraudulento es preferentemente válido y eficaz tanto respecto de las partes como de los terceros en general. Sólo frente a los acreedores de fecha anterior al acto, que lo impugnan, deja aquél de tener eficacia. Este desdoblamiento del acto que es eficaz en general y sólo carece de efectos con relación al impugnante, configura un supuesto de *ino-*

ponibilidad. Cabe señalar que los interesados en el acto pueden evitar su impugnación pagando al acreedor impugnante.

En suma: el fin de la acción revocatoria no es lograr la nulidad; es obtener la declaración de inoponibilidad del acto con respecto al demandante.

458. REQUISITOS GENERALES.– Los requisitos generales de la acción están enunciados en el art. 962 y son los siguientes:

a) Que el deudor se halle en estado de insolvencia. Este estado se presume desde que se encuentre fallido (art. 962, inc. 1º), e igualmente cabe la presunción si el deudor se encuentra concursado civilmente. Lo importante es que el pasivo del deudor sea superior a su activo, con lo que se configura la imposibilidad de pagar todas las deudas íntegramente.

b) Que el perjuicio del acreedor impugnante resulte del acto mismo del deudor o que éste antes ya se hallase insolvente (art. 962, inc. 2º). Es decir, que el impugnante debe probar que el acto atacado ha *provocado o agravado* la insolvencia del deudor.

c) "...Que el crédito en virtud del cual se intenta acción sea de fecha anterior al acto del deudor" (art. 962, inc. 3º). Este requisito es lógico, pues los acreedores posteriores al acto encontraron ya disminuido el patrimonio del deudor y no tuvieron en cuenta para contratar, el bien objeto del acto.

Sin embargo, este requisito relativo a la fecha no es exigible *cuando el deudor ha disminuido previamente su patrimonio para defraudar a un futuro acreedor.* El Código establece la excepción con respecto a quien enajena bienes en vísperas de cometer un delito (art. 963); pero no hay razón para no generalizar el principio.

459. REQUISITO ESPECIAL SI EL ACTO ES A TÍTULO ONEROSO.– Cuando el acto es a título oneroso el art. 968 requiere la prueba de que el deudor "haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado haya sido cómplice en el fraude".

En realidad basta probar la complicidad del adquirente, pues con ello queda establecida también la intención defraudatoria del deudor. Por lo demás, como la prueba de la complicidad del tercero sería extremadamente difícil, el legislador viene en auxilio del impugnante con una presunción *juris tantum*: se presume la complicidad del tercero si al tiempo del acto conocía la insolvencia del deudor (art. 969).

Por el contrario si el acto es a título gratuito resulta indiferente la buena o mala fe del adquirente y basta acreditar los requisitos generales. En el conflicto entre el acreedor que busca evitar un real perjuicio y el adquirente gratuito que sólo trata de conservar una ganancia, la ley, con razón, da preferencia al primero.

460. QUIÉNES PUEDEN INTENTARLA.– La acción compete a cualquier acreedor perjudicado por la enajenación de bienes del deudor. Si bien el art. 961 sólo se refiere a acreedores quirografarios no corresponde excluir a los privilegiados o a los que tengan garantía real. Quizás éstos tengan por lo general menor interés práctico en deducir la acción porque gozan de una protección especial; pero toda vez que los actos del deudor les causen perjuicio no existe razón para negarles una acción que es prerrogativa de cualquier acreedor.

461. ACTOS ATACABLES.– En principio todo acto patrimonial puede ser objeto de la acción. El art. 964 incluye también entre los actos impugnables los actos que sin importar un desprendimiento de bienes consistan en la renuncia de "facultades por cuyo ejercicio hubiera podido mejorar el estado de la fortuna del deudor".

Sin embargo hay que señalar que puede darse el caso de que un acto patrimonial revista carácter personalísimo, en cuyo supuesto los acreedores no podrían atacarlo (por ej. la renuncia a revocar una donación por causa de ingratitud).

Los actos extrapatrimoniales, como los que importen el ejercicio de acciones de estado y en general los relativos al derecho de familia, no son impugnables aunque sean susceptibles de tener repercusión en el patrimonio del deudor.

462. PRUEBA.– La prueba es a cargo del acreedor impugnante. Debe tenerse presente que su tarea probatoria se encuentra facilitada por las presunciones ya mencionadas: presunción del estado de insolvencia del deudor fallido y presunción de complicidad del tercer adquirente a título oneroso si conocía el estado de insolvencia del deudor.

463. EFECTOS.– Si la acción progresa, el acto atacado resulta inoponible al acreedor impugnante. De ello se derivan distintos efectos:

a) El impugnante puede ejecutar los bienes antes enajenados por el deudor a fin de obtener con el producto de la venta el cobro del crédito.

b) De la revocación sólo aprovecha el acreedor demandante; los demás acreedores no se benefician de esta declaración que corresponde sólo al impugnante y se pronuncia "hasta el importe de su crédito" (art. 965).

c) El dueño actual de los bienes puede detener la acción de los acreedores pagando los créditos de los impugnantes, o dando fianzas suficientes si los bienes del deudor resultasen insuficientes.

d) Si el adquirente de mala fe enajena el bien a un adquirente de buena fe, la acción no es viable contra este último. En este caso todos los adquirentes de mala fe responden por la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor demandante (art. 972).

Aunque la ley no haya contemplado el caso, pensamos que también el adquirente gratuito es responsable de los daños y perjuicios en igual caso. Finalmente, si el adquirente gratuito hubiera actuado de buena fe, siempre tendría que ceder al acreedor perjudicado lo que hubiera recibido del tercero.

e) Por aplicación de los principios antes expuestos, en las relaciones entre el deudor y el adquirente el acto es enteramente eficaz. Por ello si para conservar el bien el adquirente debe efectuar pagos a algún acreedor, puede repetirlos del deudor enajenante, ejerciendo el derecho de reembolso de quien ha pagado una deuda ajena (art. 727).

464. ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL: LEY 24.522.– Cuando promedia la declaración de quiebra del deudor, es posible impugnar los actos de disposición realizados por éste, durante el período de sospecha anterior a esa declaración, mediante una acción especial que se denomina *revocatoria concursal* que facilita la defensa de los derechos de la masa de acreedores, que pueden peligrar por la actuación culposa o dolosa del deudor. El período de sospecha es "el que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra" (art. 116, 2ª parte, ley 24.522).

La acción revocatoria concursal tiene por objeto que se declare la ineficacia de ciertos actos del deudor, con respecto a los acreedores: tiende pues a la verificación de una *inoponibilidad* y no de una nulidad. Son ineficaces de *pleno derecho*: 1) los actos gratuitos; 2) los pagos anticipados del deudor; 3) las hipotecas, prendas u otras preferencias concedidas

respecto de obligaciones carentes de esas garantías. En este caso la declaración de ineficacia se dicta sin tramitación y por la sola consideración de la índole del acto y de su fecha en el período de sospecha: no se requiere pues la interposición de acción alguna y el juez puede actuar de oficio.

En cambio, es necesaria la articulación de la acción para hacer declarar ineficaces, "los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha"; la acción revocatoria concursal progresará "si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor" (art. 119, ley 24.522).

Fuera de esas hipótesis, también pueden el síndico o cualquier acreedor a sus expensas, entablar la acción revocatoria ordinaria, contemplada en los arts. 961 a 972 del Código Civil.

De acuerdo con el art. 124 de la ley 24.522 la acción revocatoria concursal caduca a los tres años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra.

Al sujetar la acción a un plazo de caducidad en lugar de un plazo de prescripción, la ley 24.522 introduce una variante de importancia, dadas las diferencias entre ambos.

465. PARALELO CON LA ACCIÓN SUBROGATORIA.– La acción subrogatoria y la revocatoria tienen puntos de contacto: ambas son patrimoniales; tienen a mantener incólume el patrimonio del deudor y coinciden también en que son remedios excepcionales que la ley acuerda al acreedor.

Fuera de ello tienen diferencias fundamentales:

a) La acción revocatoria se ejerce en nombre y por derecho propio; la subrogatoria se ejerce en nombre y representación del deudor.

b) La acción revocatoria aprovecha sólo al demandante; la subrogatoria a todos los acreedores.

c) La acción revocatoria tiene un régimen propio; la acción subrogatoria sigue el régimen del derecho ejercido.

466. PARALELO CON LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.– Durante mucho tiempo las acciones de simulación y revocatoria han sido confundidas. Ello ha ocurrido por una razón práctica cual es la necesidad de acumular a veces ambas acciones para llegar a un resultado útil. Así si el deudor bajo una apariencia inocente oculta un acto perjudicial a los acreedores (simula-

ción relativa) el acreedor tendrá interés en *accionar por simulación* para hacer aflorar el acto oculto, y fijado éste, *atacarlo mediante la acción revocatoria*.

En otros casos, la falta de datos del acreedor que no puede estar enterado de los manejos del deudor, lo obligará a deducir ambas acciones, una en subsidio de la otra, y será la prueba la que permitirá precisar cuál es la acción procedente.

Pero esta *conexión procesal* no identifica a estas acciones que tienen profundas diferencias.

Es distinta su *naturaleza* pues la acción de simulación se propone verificar la inexistencia del *acto aparente* mientras que la revocatoria tiende a que se declare inoponible un *acto real*. Por ello la *titularidad* de la acción de simulación corresponde a cualquier interesado mientras que la acción revocatoria sólo puede ser ejercida por determinados acreedores.

Difiere también la *amplitud del beneficio* obtenido, que en el caso de la simulación se extiende a todos los acreedores mientras que en el caso de la acción revocatoria queda restringido al acreedor impugnante.

También la *prescripción es diferente*. En realidad la acción de simulación debería ser imprescindible pues siendo el acto simulado un acto inexistente, debería poder verificarse en todo tiempo esa inexistencia. La ley 17.711, sin embargo, le fija a la acción un plazo de prescripción. Aun así existen diferencias ya que la acción de simulación prescribe a los *dos años* (art. 4030) mientras que la revocatoria se extingue en el lapso de *un año* (art. 4033).

V. ACCION DE SIMULACION

467. NOCIONES GENERALES.– Cuando el deudor mediante un acto simulado aparenta la salida de un bien de su patrimonio para ponerlo fuera de la acción de sus acreedores, éstos pueden entablar la acción de simulación, cuyo fundamento es el principio de la garantía colectiva (*supra*, nº 327).

En el sistema legal la simulación puede ser lícita o ilícita; la ley no la reprueba si no tiene un fin ilícito ni *perjudica los derechos de un tercero* (art. 957). La simulación que se usa para perjudicar al acreedor es, naturalmente, ilícita.

En cuanto a su extensión, la simulación puede ser *absoluta* cuando el acto celebrado es totalmente ficticio, y *relativa* cuando mediante ella se oculta un acto distinto del ostensible (art. 956).

En lo que se refiere a la acción, si bien ésta es la misma tanto cuando la ejercen las partes como cuando la deduce un tercero, presenta algunas modalidades accidentales de acuerdo con el titular que la promueve.

468. ACCIÓN ENTRE LAS PARTES: LEY 17.711.– Cuando la simulación es lícita cada una de las partes tiene abierta la posibilidad de obtener la declaración de inexistencia del acto simulado.

No ocurre lo mismo cuando la simulación es ilícita. En este caso el art. 959 disponía que las partes "...no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación". Aunque esta regla parecía absoluta la doctrina y la jurisprudencia cambiaron su primitiva posición en este sentido, por influencia de la opinión de Bibiloni orientándose a aplicarla en su verdadero marco, que es la prohibición de invocar la propia torpeza. Debe señalarse que el art. 960 faculta a los jueces para conocer de la simulación ilícita *(lo que supone el ejercicio de la acción)* si el contradocumento se hiciese para *dejar sin efecto la simulación*.

Por ello como bien lo ha dicho Orgaz, la acción entre las partes será procedente en el exclusivo caso de que el demandante, *arrepentido de su malicia,* se proponga *destruir el acto ilícito* que ha cometido mediante la simulación.

Siguiendo esta orientación la ley 17.711 ha aclarado definitivamente la cuestión, permitiendo la acción entre las partes cuando tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no obtengan con ello un beneficio (agregado al art. 959).

469. ACCIÓN DE LOS ACREEDORES.– Si la simulación es lícita los terceros carecen de acción para verificar la inexistencia del acto simulado: por hipótesis no hay en ese caso perjuicio a terceros por lo que fallaría el interés base de toda acción. En cambio cuando la simulación es ilícita, los terceros pueden demandar la declaración de simulación. Tal es caso del acreedor del enajenante aparente de bienes.

470. CARACTERES Y REQUISITOS.– La acción de simulación ejercida por terceros reviste el *carácter* de una acción patrimonial. Quienes la ejercen se proponen verificar la existencia de determinados bienes en el patrimonio del deudor pese a la apariencia contraria.

Quienes la ejercen actúan por derecho propio y no por vía de subrogación lo que produce dos consecuencias importantes:

49

a) El demandado no puede hacer valer contra el demandante las defensas que tendría contra la otra parte como ocurriría en el caso de la subrogación.

b) El demandante puede recurrir a toda clase de medios de prueba; en cambio si actuase subrogándose a alguna de las partes estaría sujeto a las limitaciones probatorias de ellas y debería aportar el pertinente contradocumento, a menos que concurriesen circunstancias que hiciesen inequívoca la simulación (nuevo art. 960).

Quien demanda la simulación debe por su parte demostrar el crédito en que se basa su interés y la simulación misma, aunque sin las limitaciones a que están sujetas las partes del acto.

471. PARALELO CON LA REVOCATORIA.– Hemos tratado este punto en el número 466 al cual remitimos.

472. ACUMULACIÓN.– En un principio se pensó que la acumulación de la acción de simulación con la revocatoria no era posible por cuanto no podía sostenerse que un acto era simulado y afirmar simultáneamente que era efectivo pero perjudicial. Tal opinión es equivocada. Ambas acciones pueden acumularse procesalmente pero funcionan en forma subsidiaria: si un deudor insolvente enajena un bien, cabe denunciar que tal enajenación es simulada, sin existir incongruencia alguna en sostener que si *luego de la prueba* tal enajenación resulta real, ha sido hecha para perjudicar a los acreedores. El intérprete no puede olvidar que quienes conciertan un fraude adoptan siempre precauciones especiales para disimularlo y es injusto en tal supuesto restringir los medios de acción de los damnificados por consideraciones de lógica aparente, que carecen en realidad de buen sentido.

473. A QUIÉNES Y CONTRA QUIÉNES SE ACUERDA.– La acción se acuerda a todo tercero a quien la simulación perjudique. Por el carácter patrimonial de la acción pueden ejercerla toda clase de acreedores aun los condicionales o a plazo.

Para determinar *contra quiénes* se acuerda debe distinguirse según se alegue la simulación por vía de acción o de excepción.

Si se hace valer por *vía de acción* debe dirigirse contra todos los autores del acto simulado. Si se alega como defensa ante una demanda basta oponerla al demandante pues el demandado intenta desvirtuar el título que

se arguye contra él. Sin embargo en este caso la sentencia no hará cosa juzgada contra los autores del acto que no fueron parte en el juicio, por lo cual será útil citarlos si las reglas procesales lo permiten.

474. PRUEBA.– Si la acción se ejerce entre las partes es necesario en principio el contradocumento, a menos que "mediaran circunstancias tales que hagan inequívoca la existencia de la simulación" (art. 960 *in fine*).

En cambio, cuando la acción es ejercida por los acreedores perjudicados, éstos pueden recurrir a toda clase de medios de prueba. Se trata de probar un hecho: que las diligencias cumplidas por las partes lo han sido sin la voluntad de constituir verdaderamente los efectos jurídicos aparentes, que causan perjuicio al demandante. Sería irracional exigir al acreedor la presentación de un contradocumento pues quienes se han confabulado contra él se cuidarán muy bien de poner en sus manos esa prueba, que por el contrario, tratarán de ocultar.

475. EFECTOS.– La declaración judicial de simulación verifica la inexistencia del acto aparente. Esto producirá consecuencias diferentes según que la simulación sea absoluta o relativa.

Si es absoluta, quedará acreditado que el bien objeto del acto no ha salido del patrimonio del deudor, y los acreedores podrán ejercer sus derechos sobre él.

Si es relativa, se verificará la inexistencia del acto simulado, y al mismo tiempo se dará eficacia al acto oculto. Si este acto oculto es perjudicial a los acreedores, podrá ser atacado por éstos por la vía de la acción revocatoria; si los bienes hubiesen pasado a un tercero de buena fe podrán los acreedores ejercer la acción de daños y perjuicios a que nos hemos referido en el número 463.

476. ENAJENACIÓN A UN SUBADQUIRENTE DE BUENA FE.– De acuerdo con el principio sentado en el art. 996 la simulación es *inoponible* a los terceros que han adquirido derechos transmitidos por el titular aparente de los bienes. Este principio no es absoluto y cuadra distinguir la buena o mala fe del adquirente de los bienes y el carácter oneroso o gratuito de la adquisición.

El beneficio de la inoponibilidad sólo puede invocarse por los terceros de buena fe. El fundamento del principio es la imposibilidad en que ha estado el tercero para conocer la simulación. Si sabía el verdadero estado de las cosas falla el presupuesto que condiciona la aplicación de la norma.

Tampoco alcanza el beneficio de la inoponibilidad de la simulación a los adquirentes ulteriores a título gratuito. Esta conclusión resulta por vía analógica en función de lo dispuesto por los arts. 967, 970, 1051, 2310, 2767, 2778, 3196 y 3430. En nuestro sistema legal es preferido siempre el propietario efectivo de los bienes que sufre la pérdida que ellos representan, antes que el adquirente gratuito que sólo deja de obtener un provecho, pero no experimenta una pérdida con relación a su situación precedente.

477. IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS EN JUICIOS SIMULADOS.– Puede ocurrir que para dar mayor verosimilitud a las maniobras que se realizan en perjuicio de terceros las partes promuevan un juicio en el cual en realidad obran de común acuerdo y con el cual buscan revestir al acto de una *mejor* apariencia de seriedad.

La impugnación de una sentencia así obtenida ha sido admitida por los tribunales en los casos en que es posible demostrar la colusión.

El Proyecto de 1936 (art. 302) y el Anteproyecto de 1954 (art. 304) han previsto el caso y disponen que cuando hubiere connivencia fraudulenta entre las partes los terceros perjudicados pueden impugnar la cosa juzgada resultante de la sentencia mediante la acción revocatoria.

CAPÍTULO V

CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

478. DIVERSOS CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN.– Las obligaciones pueden ser clasificadas en *función:* a) de la *naturaleza* del vínculo y eficiencia de la protección jurídica; b) de su *objeto;* c) del *sujeto* de ellas; d) de la *causa* o *fuente* que las produce; e) en fin, en función de los accidentes o *modalidades* que pueden alterar la eficacia de la obligación. Todavía es posible comparar una obligación con otra que le sea concomitante, lo cual servirá para oponer las obligaciones *principales y accesorias.*

Las distintas clasificaciones efectuadas pueden volcarse en el siguiente cuadro sinóptico.

CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

- I. En función de la *naturaleza del vínculo*
  - civiles o perfectas
  - naturales o imperfectas
- II. En función del *objeto*
  - 1) Naturaleza de la prestación
    - de dar
    - de hacer
    - de no hacer
  - 2) Determinación del objeto
    - de dar cosas ciertas
    - de dar cosas inciertas
    - de dar cantidades de cosas
    - de dar sumas de dinero
  - 3) Complejidad del objeto
    - de objeto conjunto
    - de objeto disyunto
      - alternativas
      - facultativas

III. En función del *sujeto*
- sujeto singular
- sujeto plural
  - indivisibles
    - mancomunadas
  - divisibles
    - solidarias

IV. En función de la *causa*
- obligaciones contractuales
- obligaciones extracontractuales
- obligaciones legales

V. En función de las *modalidades*
- puras y simples
- modales
  - a plazo
  - condicionales
  - con cargo

VI. En función de su *conexión recíproca*
- principales
- accesorias

I. OBLIGACIONES NATURALES

479. DISTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES.– Las obligaciones *civiles* están especialmente tuteladas por el derecho positivo, que les reconoce la plenitud de su eficacia. En cambio, las obligaciones *naturales* no se sustentan en el derecho positivo sino exclusivamente en el *derecho natural y la equidad:* ello explica su reducida eficacia, en la medida en que el legislador las admite en la vida jurídica.

Sin embargo, no debe olvidarse que siendo el derecho positivo, en su esencia, una cierta cristalización histórica del derecho natural, al que provee de fórmulas y sanciones, es claro que las obligaciones civiles están penetradas de derecho natural y de equidad.

En suma, las obligaciones civiles se fundan en el derecho positivo, y por ende en el derecho natural y la equidad; las obligaciones naturales, arraigan "sólo en el derecho natural y la equidad" (art. 515).

Si se miran esas obligaciones por el lado de sus *efectos,* se denomina a las obligaciones civiles *perfectas,* y a las naturales *imperfectas.*

480. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN NATURAL.– Con todo acierto nuestro codificador las define como aquellas que fundadas *sólo* en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento (art. 515). De tal modo, no desconoce que *también* las obligaciones civiles se sustentan en ese cimiento y en la ley que las reconoce en la plenitud de su eficacia; por eso estas últimas son obligaciones perfectas.

El *derecho natural* es un orden jurídico válido que la razón deduce de la naturaleza personal y social del hombre, tendiente a la instauración de la justicia en la sociedad, con independencia de las determinaciones contingentes de los gobernantes.

La *equidad* es la versión inmediata y directa del derecho natural, aplicable a un caso dado que así se resuelve mediante una solución de especie: como dice Savatier la equidad es el derecho natural, objetivamente interpretado por el juez. Se ve que se trata de conceptos afines que presiden la actividad del intérprete, el cual contempla al derecho natural como la premisa mayor que orienta su juicio, y a la equidad como la premisa menor que recoge las particularidades del caso sometido a su dictamen.

481. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.– La noción de obligación natural remonta al Derecho Romano. Fue una elaboración de los pretores, que apoyados en la equidad, mitigaron el rigor formalista del derecho quiritario que, en ciertos casos, impedía el nacimiento de obligaciones civiles, pese a encontrarse reunidos sus elementos esenciales. Sin embargo, no llegaron a elaborar el principio general de la obligación de equidad.

En cuanto a los *efectos* de las obligaciones naturales romanas, aunque menores a los de las obligaciones civiles, eran más intensos que los admitidos por el derecho moderno.

482. EL PENSAMIENTO DE POTHIER.– Este autor distingue tres grupos de deberes: a) los sancionados por la ley positiva, que constituyen obligaciones *civiles o perfectas;* b) los deberes, que aunque no ligan en el fuero externo, sí gravan la conciencia en el fuero interno, constituyendo obligaciones *naturales;* c) los deberes de caridad, u obligaciones *imperfectas,* que no son jurídicos, porque no existen frente al prójimo sino ante los ojos de Dios.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Este análisis es correcto, con la salvedad que los *deberes de caridad* son meta-jurídicos, y por tanto no cuadra denominarlos obligaciones.

483. DERECHO COMPARADO.– El código francés sólo incidentalmente se ocupa de las obligaciones naturales en el capítulo del pago. Lo mismo puede decirse de los códigos: italiano de 1865 y 1942, el alemán y suizo de las obligaciones.

En una dirección diferente se ubican el Código de Chile, de Uruguay y el nuestro, que formulan una reglamentación legal de las obligaciones naturales.

484. PROYECTOS DE REFORMA.– El *Anteproyecto Bibiloni* se limitó a eliminar del articulado propuesto el fundamento de la obligación natural. *El Proyecto de 1936* llegó más lejos aún, pues borró la expresión "obligación natural" limitándose a denegar la repetición de lo pagado para satisfacer un deber moral o de conciencia. El *Anteproyecto de 1954,* por el contrario, mantiene explícitamente el criterio de Vélez.

485. NATURALEZA JURÍDICA: DOCTRINAS EXPLICATIVAS.– Nada pacífica es la opinión de los autores, pues hay quienes hasta niegan la existencia de las obligaciones naturales.

486. a) La *doctrina negativa* sostiene que la llamada obligación natural, por carecer de exigibilidad, no configura una relación jurídica: sería una obligación no obligatoria, lo que implica una contradicción en los términos. También se arguye con la paradoja que significa el hecho de que la obligación natural adquiera eficacia cuando se extingue por el pago.

Estas consideraciones sólo tienen una fuerza aparente. Por lo pronto, no cabe confundir coercibilidad con ejecutabilidad. Por cierto las deudas naturales no son ejecutables porque el Estado no coloca el patrimonio del deudor bajo la acción del acreedor. Pero sí son coercibles por el impulso de la conciencia que mueve a su cumplimiento. Cuando esto acontece el derecho positivo lo aprueba como bueno y mejor que su contrario –el no pago–, y por ello justifica al crédito como título de adquisición de lo pagado y garantiza la retención de lo recibido por el acreedor.

Además, no es exacto que la obligación natural sea un ser extraño que sólo cobre vida al tiempo de extinguirse por el pago. En efecto, la vida de esa obligación transcurre desde la causa que la produce, según el dictado del derecho natural. Sólo puede decirse que el derecho positivo no tiene conocimiento de la existencia de aquella obligación hasta su pago, pero cuando esto se produce, la conciencia que aquél adquiere remonta retroactivamente a la *causa de deber:* es siempre la actuación del principio "no hay obligación sin causa", lo que viene a desvanecer la paradoja que los críticos denunciaban.

487. b) Una segunda opinión concibe a la obligación natural como una *deuda sin responsabilidad:* se trataría de una afortunada aplicación de la distinción entre el *debitum* y la *garantía.* En la obligación natural hay *debitum* pero falta la "garantía" (*supra* nº 4, c).

Aunque esta teoría describe con acierto los efectos de las obligaciones naturales, no penetra en su esencia. De ahí que esta concepción deba ser completada con la que expondremos *infra* número 489.

488. c) CONCEPCIÓN DEL DEBER DE CONCIENCIA.– Tal vez la más difundida explicación de las obligaciones naturales es la que ve en ellas deberes de conciencia tomados en consideración por la ley para imputarles limitados efectos jurídicos.

Esta explicación, aunque no puede tildarse como desacertada, no resulta enteramente satisfactoria. En efecto, si bien toda obligación natural implica un deber de conciencia, a la inversa no todo deber de esta índole engendra una obligación natural. De ahí que sea indispensable dar un paso más adelante y averiguar cuál es la esencia de la obligación natural que permite distinguirla de otros deberes de conciencia no constitutivos de esa clase de obligaciones.

489. d) CONCEPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN NATURAL COMO UN PURO DEBER DE EQUIDAD O DE DERECHO NATURAL.– Esta es la teoría apropiada y aceptada por nuestro codificador (art. 515).

Es un deber de conciencia, es decir, un sentimiento proveniente de una convicción íntima que mueve a alguien a obrar una determinada conducta. Pero para que ese deber de conciencia sea una obligación natural ha de responder a una *exigencia de justicia,* o sea de *derecho natural,* y no a un *imperativo de caridad.* Así, por ejemplo, el deber del rico de socorrer al menesteroso, que está impuesto por la caridad y no por la justicia, no es una obligación natural que vive en el mundo del derecho, sino un puro deber moral, metajurídico: la negativa de la ayuda será una ofensa a Dios, pero no una lesión al derecho ajeno. Por el contrario la insatisfacción de

una exigencia de justicia, aunque no sea sancionada por el derecho positivo, lesiona el derecho ajeno en el plano del derecho natural o la equidad.

490. EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.– Con todo acierto, Vélez Sarsfield recoge en el articulado del Código el concepto de la obligación natural que acabamos de exponer, y lo define apropiadamente en el art. 515.

491. CARACTERES.– Conforme a la concepción de la obligación natural aceptada por el codificador, ella presenta los siguientes caracteres:

a) Es por su *estructura* una *verdadera obligación,* y por tanto requiere indispensablemente, para existir, la concurrencia de los elementos constitutivos de toda obligación: el sujeto, el objeto y la causa.

b) Está *fundada en el derecho natural y la equidad* (conf. art. 515 y su nota).

c) Es *inejecutable* pues no confiere acción para exigir su cumplimiento (art. 515). Este es el rasgo típico y marca el distinto régimen respecto de las obligaciones civiles: es que se está en presencia de obligaciones *imperfectas* de exigua eficacia en el plano del derecho positivo.

d) Es *irrepetible* el pago de las obligaciones naturales (art.515), pues constituye, para la ley, un título válido de adquisición de los bienes pagados por el deudor.

492. ENUMERACIÓN LEGAL.– Luego de fijar los caracteres de la obligación natural, el art. 515 enuncia los diversos casos de ella, que no agotan los supuestos posibles. Pasamos a examinarlos.

493. A) OBLIGACIONES DE INCAPACES DOTADOS DE DISCERNIMIENTO.– Toda vez que una persona incapaz asume una obligación con discernimiento, es decir, con suficiente comprensión del acto realizado, ella existe en el fuero de la conciencia. No será una obligación civil, porque el acto de un incapaz es *nulo,* pero siempre habrá una obligación natural.

La enunciación que hacía el antiguo inc. 1º del art. 515 era una mera ejemplificación, porque lo que importa aquí es la reunión de la calidad legal de incapaz y la aptitud natural relativa al discernimiento. Por ello también son obligaciones naturales: las contraídas por dementes declarados en intervalos lúcidos, las que gravan a menores impúberes, que hubieren

actuado, en verdad, con discernimiento; las constituidas por incapaces de derecho, cuando en la prohibición legal no juega un imperativo moral.

494. INOPERANCIA DE LA DEROGACIÓN LEGISLATIVA DEL ART. 515, INC. 1º.– La supresión legal del inc. 1º del art. 515 por la ley 17.711, no ha alterado la sustancia jurídica de deberes que se sustentan exclusivamente en el derecho natural, y que, por tanto, están fuera de la competencia del legislador civil. En efecto, el legislador civil no puede hacer que una obligación natural deje de imperar en el fuero de la conciencia: la equidad no deja de regir porque quiera suprimirla el capricho del legislador.

Por lo tanto, luego de la reforma legal aludida, las obligaciones de los incapaces dotados de discernimiento son obligaciones naturales, *no mencionadas expresamente* por el art. 515.

495. DESDE CUÁNDO EXISTEN ESTAS OBLIGACIONES NATURALES.– La obligación natural nace desde que impresiona, a la conciencia, la causa que produce el deber de prestar: es la aplicación del principio que indica que hay obligación en cuanto ocurre un hecho con energía suficiente como para producirla, en el caso el contrato celebrado por quien tiene discernimiento para advertir el significado de su compromiso.

Lo expuesto demuestra que *no* es un requisito de *existencia* de esta obligación natural la previa declaración de nulidad del acto jurídico obrado por el incapaz.

496. B) OBLIGACIONES PRESCRIPTAS.– A ellas se refiere el inc. 2º del art. 515, porque la prescripción liberatoria sólo extingue la acción del acreedor pero éste conserva a su favor una obligación natural.

497. DESDE CUÁNDO SON NATURALES ESTAS OBLIGACIONES.– a) Para la opinión mayoritaria, la obligación asume el carácter de obligación natural recién a partir de la sentencia que declara la prescripción.

b) La jurisprudencia prevaleciente sostiene que una obligación se transforma en natural por el solo transcurso del plazo de prescripción.

c) En nuestra opinión *nunca* ocurre la aludida *transformación* de una obligación civil prescripta en natural, pues ésta existe desde que actúa la causa que la produce. Lo que ocurre es que operada la prescripción pierde vigencia la obligación civil, y surge la virtualidad, hasta entonces en sombra, de la obligación natural.

En cuanto a saber desde cuándo se produce la claudicación de la obligación civil, con motivo de la prescripción, ello ocurre al *vencimiento* del respectivo término de prescripción, siempre que el hecho sea alegado por el deudor, útilmente.

498. C) OBLIGACIONES DERIVADAS DE ACTOS NULOS POR VICIO DE FORMA.– A este supuesto se refiere el art. 515 inc. 3º, análogo al que contemplaba el inc. 1º; en éste faltaba la capacidad; en aquél falta la forma legal adecuada siendo consecuencia de ello la nulidad del acto (conf. art. 1044). No obstante, por el respeto que merece la voluntad humana, aun destituida de las formas legales, ella origina verdaderas obligaciones en el fuero de la conciencia, o sea en el ámbito del derecho natural.

Estas obligaciones naturales surgen en el momento de la celebración del acto formal con omisión de las exigencias legales relativas a las formas.

499. D) OBLIGACIONES NO RECONOCIDAS EN JUICIO.– En los casos contemplados a título ejemplificativo por el art.515 inc. 4º (obligación no reconocida por falta de prueba; pleito perdido por error o malicia del juez), la autoridad de la cosa juzgada se ejerce en el plano del derecho positivo: la sentencia, buena o mala, justa o injusta, pone fin a la discusión.

No obstante, la sentencia injusta, o que simplemente desconoce la verdad de la situación, no desgrava la conciencia de un deudor que realmente lo es, ni priva al acreedor de lo suyo, en el plano del derecho natural.

Al acreedor que invoca la existencia de una obligación natural e intenta imputar a ella el pago recibido, le incumbe demostrar la divergencia suscitada entre el pronunciamiento judicial y la exigencia de la equidad. Para ello deberá comprobar la *causa* productora de la obligación, según el derecho natural o la equidad, y no desvirtuada por la sentencia.

Esta obligación natural nace con la causa que la produce, sin que nada tenga que ver la fecha de la sentencia que la desconoce como obligación civil. No hay, pues, conversión de una obligación civil en natural, por la sentencia que desconoce aquélla, sino subsistencia de una obligación natural, pese al pronunciamiento adverso a la existencia de la obligación civil.

500. E) DEUDAS DE JUEGO.– El inc. 5º del art. 515 contempla las obligaciones que reuniendo los elementos esenciales de tales –sujeto, objeto y causa– están destituidas del carácter de obligación civil, por *razones de utilidad social,* como las deudas de juego.

Las deudas de juego aludidas son las provenientes de *juego de azar o suerte.* Por el contrario, son obligaciones civiles las provenientes de "ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes" (art. 2055).

La deuda de juego no varía en su naturaleza de obligación natural, por el hecho de prohibirse el juego o por mediar concesión de la autoridad que reglamente y legalice tal juego: siempre queda destituida de eficacia civil por el art. 515, inc. 5º del Código Civil, que es el cuerpo legal que según la Constitución Nacional, ha de definir el alcance y trascendencia jurídica de la deuda de juego.

En cambio, tienen eficacia civil las obligaciones provenientes de *loterías o rifas* permitidas por la autoridad competente (art. 2069).

501. OTROS SUPUESTOS DE OBLIGACIONES NATURALES.– La enumeración del art. 515 no es taxativa sino meramente enunciativa, por lo cual no impide a los tribunales conceptuar como obligaciones naturales a los demás deberes impuestos, en el fuero de la conciencia del deudor, por el derecho natural y la equidad.

502. DISTINTAS APLICACIONES DE LA NOCIÓN DE OBLIGACIÓN NATURAL.– Tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho aplicación del concepto de obligación natural en muy variadas situaciones.

503. a) *Saldos impagos de obligaciones extinguidas.* – Toda vez que se cumple la extinción de la obligación dejando un saldo impago –remisión total o parcial de la deuda–, subsiste una obligación natural por el saldo. Por ejemplo, cuando el deudor concursado obtiene rehabilitación y carta de pago, pese a no haber satisfecho sino una parte de las deudas, queda una obligación natural por el saldo impago.

504. b) *Intereses no estipulados. Alquileres e intereses superiores al tope legal.* – Tienen el carácter de obligaciones naturales, los intereses no estipulados, o los que excedan la tasa legal siempre que no sean usurarios. En la misma situación se encuentran los alquileres convenidos por encima de los topes establecidos por las leyes de emergencia.

52

505. c) *Inexigibles remuneraciones de servicios.* – Cuando las partes convienen en la prestación de un servicio estimable en dinero, la realización de la tarea crea la obligación natural de satisfacer el precio justo de la misma aunque la ley deniegue al acreedor acción para obtener el cobro, por ejemplo por carecer de título habilitante para efectuar aquella labor.

506. d) *Indemnizaciones de equidad.* – Hay situaciones en que pese a no haber responsabilidad legal por el daño provocado a otra persona, la equidad incita al causante material del hecho a contribuir a la reparación del daño: ésa es una obligación natural.

Quedan comprendidos en esa noción todos los hechos a los que falta algún requisito condicionante de la responsabilidad civil, siempre que haya razón suficiente, en el plano de la equidad, para poner a cargo del agente algún modo de reparación. Es el caso del que comete un daño obrando contra la moral pero sin infringir la ley, como quien seduce a una mujer honesta mayor de 18 años (arg. art. 1088).

507. e) *Alimentos.*– La obligación de alimentos tiene carácter civil, entre los *parientes* determinados por la ley (arts. 367, 368 y 369), supuesta la *necesidad* del alimentario (conf. art. 370) y la *posibilidad* del alimentante. Si el parentesco es más lejano al previsto por la ley, pero no tanto como para considerarlo puramente nominal, la obligación de pasar alimentos ya no tiene carácter civil, pero subsiste como obligación natural.

Pensamos que también es obligación natural la relativa a alimentos pasados a quienes se debe gratitud por especiales favores recibidos.

508. f) *Obligaciones relacionadas con la herencia.*– Además de la obligación natural mencionada en el inc. 3º del art. 515 (legado hecho en un testamento viciado), es dable mencionar las siguientes: 1) los legados excesivos; 2) los legados fiduciarios; 3) las disposiciones testamentarias no categóricas, que sólo manifiestan el deseo del causante; 4) los legados verbales. Aunque la ley no respalde la voluntad del causante, quien la cumple paga una obligación natural y no puede repetir.

509. EFECTOS PRIMORDIALES DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.– Son los que derivan necesariamente de las obligaciones naturales: ellos consisten en la *inejecutabilidad* de la obligación y en la *irrepetibilidad* del pago espontáneo que de ella se haga.

510. INEJECUTABILIDAD DE LA OBLIGACIÓN.– Las obligaciones naturales "no confieren acción para exigir su cumplimiento" (art. 515). Es el rasgo negativo de esta clase de obligaciones.

511. IRREPETIBILIDAD DEL PAGO ESPONTÁNEO.– El pago espontáneo de la obligación natural es definitivo, quedando excluida la ulterior repetición o devolución, so pretexto de una alegación de ausencia de causa (conf. arts. 515 y 516).

La ausencia de repetición del pago de una obligación natural está sujeta a dos requisitos establecidos en el art. 516: a) que sea *espontáneamente* hecho por el deudor; b) que el deudor tenga *capacidad* para pagar. Faltando esas condiciones, el pago, como acto jurídico que es, es inválido y, por lo tanto, puede ser repetido.

512. CONTENIDO DEL ACTO DE CUMPLIMIENTO.– Aunque lo normal es que el acto de cumplimiento de la obligación natural sea realizado mediante un *pago* (art. 725), igualmente son definitivos e irrepetibles los distintos modos de extinción de la obligación natural, sustitutivos del pago, que *desinteresan al acreedor* (conf. nota al art. 516).

513. NATURALEZA DEL ACTO DE CUMPLIMIENTO: ¿PAGO O LIBERALIDAD?– Para quienes niegan la existencia de la obligación natural, el llamado pago de ella no es tal, sino una liberalidad que gratuitamente realiza el deudor.

En cambio para la generalidad de nuestra doctrina el aludido acto de cumplimiento es verdadero pago y no un obsequio o donación. Por tanto es *acto debido,* no sujeto al régimen de los actos gratuitos.

Sin embargo, el pago de la obligación natural no comporta garantía de evicción, y puede ser impugnado por otros acreedores del deudor, perjudicados en sus derechos mediante la acción revocatoria o pauliana.

514. PAGO PARCIAL.– De acuerdo con lo dispuesto en el art. 517, el pago parcial importa el reconocimiento de deuda en su integridad, pero no altera su índole, que permanece la misma. Por tanto, el saldo impago es, por su naturaleza, obligación natural, que sigue siendo inexigible para el acreedor.

515. AUSENCIA DE COMPENSACIÓN Y DE DERECHO DE RETENCIÓN.– Por no ser la obligación natural "subsistente civilmente", ni "exigible", no da lugar a la compensación legal (conf. art. 819). Además, el acreedor carece

de derecho de retención de la cosa del deudor que estuviese en su poder en razón de la obligación natural, pues su admisión restaría espontaneidad al pago que hiciera el deudor para conseguir la devolución de su cosa.

516. EFECTOS SECUNDARIOS DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.– Son los que acompañan, de ordinario, aunque *no necesariamente,* a las obligaciones naturales. No están ligados a la esencia de las obligaciones de esta índole, y por ello puede haber obligaciones naturales que, sin dejar de serlo, carezcan de estos efectos secundarios. Tales efectos son la conversión en obligación civil y la constitución de garantías especiales.

517. CONVERSIÓN EN OBLIGACIÓN CIVIL: NOVACIÓN.– Cuando el deudor acepta el carácter civil de la deuda, se produce la *novación de la obligación natural que queda transformada en obligación civil.*

Todas las obligaciones naturales, en principio, pueden ser objeto de esa transformación. Por *excepción,* no son susceptibles de esa conversión las *deudas de juego,* en razón del disfavor con que la ley mira a esas deudas (conf. art. 2057).

El mero *reconocimiento* de la obligación natural, en cuanto tal, no implica novación. Para que se produzca la transformación en obligación civil debe concurrir la inequívoca intención del deudor en ese sentido. Toda duda se vuelca hacia el mantenimiento de la obligación como natural.

518. GARANTÍA DE LA OBLIGACIÓN.– De acuerdo con lo previsto por el art. 518, es posible asegurar el cumplimiento de la obligación natural con garantías suministradas por terceros.

Estas garantías son obligaciones principales que presentan la modalidad de estar subordinadas a una condición *suspensiva:* el hecho condicionante del cual dependen es la inejecución de la obligación natural por el deudor. Esto explica por qué pese a carecer el acreedor de acción contra su deudor, el incumplimiento de éste es el acontecimiento futuro e incierto que abre el derecho del acreedor contra el tercero.

Para que la garantía constituida por el tercero tenga el carácter de *obligación principal condicional* es indispensable que en el momento de establecerse, la obligación ajena constitutiva de la condición sólo tenga la virtualidad de pura obligación natural; y que el tercero conozca que su deuda implica la garantía de una pura obligación natural.

519. OTROS MEDIOS EXTINTIVOS.– Fuera de los modos de extinción ya examinados, las obligaciones naturales cesan en su virtualidad limitada por la *compensación facultativa,* por la *transacción,* por la *confusión* y por la *imposibilidad de pago.*

520. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.– No hay objeción para que se transfieran las obligaciones naturales, conforme a los principios que rigen a las obligaciones en general, ya por actos entre vivos o *mortis causa,* ya en cuanto créditos o deudas. Es decir, que se encuentran en igual situación que las demás obligaciones en cuanto a su transmisibilidad.

II. OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES Y MODALES

521. DISTINCIÓN DOCTRINARIA Y LEGAL.– El Código Civil señala que "la obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de condición alguna" (art. 527). De esta manera el legislador contrapone las obligaciones condicionales a las obligaciones puras y simples, es decir, aquellas en que sus efectos se producen desde el momento mismo de su nacimiento.

Dicho criterio legal evidentemente es muy restringido, pues la doctrina entiende que una obligación deja de ser pura no sólo cuando su existencia se encuentra afectada por una condición o cargo, sino también cuando su exigibilidad depende de un plazo (ver nota al art. 527).

522. MÉTODO DEL CÓDIGO: CRÍTICA.– No obstante tratarse de modalidades de los actos jurídicos, por cuanto son susceptibles de ellas los actos de esa índole en general (contratos y testamentos), el codificador, apartándose con escasa lógica de su habitual mentor Freitas, ha legislado esta materia conforme a la metodología del Código francés como un capítulo de las obligaciones. De aquí que el tratamiento del tema aparezca en nuestro Código en la sección primera, parte primera, del libro segundo, denominada "De las obligaciones en general", cuyos títulos V y VI se dedican respectivamente a las obligaciones condicionales y a las obligaciones a plazo. Los cargos son incluidos, nuevamente, con escaso rigor científico, en el capítulo final de las obligaciones condicionales, como si ellos constituyeran alguna especie de condición cuando en verdad son esencialmente diferentes.

Nuestros proyectos de reforma han remediado los defectos señalados, pues consideran el tema de las modalidades de los actos jurídicos en la Parte General, sección de los hechos y actos jurídicos.

523. MODALIDADES: CARACTERES Y FUNCIÓN.– Se denominan *modalidades* de los actos jurídicos, a ciertos elementos accidentales que alteran los efectos normales de dichos actos, ya tornando incierta la existencia de los derechos respectivos, ya postergando su ejercicio, ya gravando su adquisición con obligaciones accesorias. Las tres especies de modalidades que responden a esta noción son, por su orden, la condición, el plazo y el cargo.

524. RELACIÓN CON LOS ACTOS JURÍDICOS: PRINCIPIO Y EXCEPCIONES.– Las modalidades son elementos accidentales de cualquier tipo de acto jurídico y no sólo de las obligaciones. Por ello es posible hablar de una hipoteca condicional (art. 3116), de un usufructo modal (art. 2821), de un dominio revocable (arts. 2663, 2665, 2667), o de una disposición testamentaria hecha bajo condición (arts. 3608-3610).

Lo expuesto significa que, en principio, las disposiciones del Código sobre condición, plazo y cargo son aplicables a todos los derechos nacidos de actos jurídicos.

Sin embargo, existen varias excepciones a este principio. En efecto, el Código prohíbe que determinados actos puedan subordinarse a una modalidad: el reconocimiento de filiación (art. 332); el discernimiento de tutela (art. 393); la aceptación o la renuncia de la sucesión (art. 3317); el matrimonio (art. 193, texto según la ley 23.515).

§ 1. Obligaciones condicionales

525. CONCEPTO.– En la terminología jurídica, el vocablo condición es usado en diversos sentidos. Por lo pronto se utiliza para significar los requisitos esenciales que debe reunir un acto o un escrito, verbigracia, el art. 1012 expresa que "la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto jurídico bajo forma privada". También con igual alcance se alude a las condiciones de validez de los instrumentos públicos.

En un segundo sentido, por condiciones de un acto se entienden las diversas cláusulas que integran su contenido: así las condiciones de venta de una cosa, las condiciones de licitación de una obra pública, etcétera.

En un tercer sentido se emplea el vocablo en la locución "condición jurídica de las personas" para aludir a la situación general de ellas ante el derecho. Ejemplos: la condición legal del menor emancipado, de la mujer casada, etcétera.

Finalmente, en el sentido técnico con que la expresión se usa en esta materia, la *condición* es la cláusula por la cual se subordina la adquisición o la extinción de un derecho a la realización de un hecho incierto y futuro (conf. art. 528). Por extensión también se llama condición al hecho del cual depende el efecto jurídico previsto.

526. CARACTERES.– De la definición surgen los *caracteres* que han de corresponder al hecho para que pueda configurar una condición: ha de ser incierto y futuro.

a) Para que exista condición el hecho previsto ha de ser *incierto,* es decir, contingente, "que puede o no llegar", como remarca sobreabundantemente el codificador en el art. 528. Esta característica, que es esencial y propia de la condición, sirve para distinguirla del plazo, el cual es también un hecho futuro pero necesario o fatal, de manera que siempre ocurrirá, aun cuando tal vez no se sepa cuándo. Por esto agrega el art. 529: "La condición que se refiere a un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condición, ni suspende la obligación, y sólo difiere la exigibilidad de ella".

b) El hecho previsto, al cual se supedita la adquisición o extinción del derecho, debe ser *futuro.* Zachariae, en el lugar que recuerda la nota al art. 528, enseña que "un acontecimiento pasado aunque incierto para las partes... no es una condición". Para asegurar la incertidumbre objetiva de la condición es claro que el acontecimiento necesariamente tiene que ser futuro.

c) El hecho constitutivo de condición ha de ser legalmente incoercible, es decir, no susceptible de compulsión mediante acción judicial.

527. DOBLE FUNCIÓN: SUSPENSIVA, RESOLUTORIA.– La condición es *suspensiva* cuando queda supeditada la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Dice el art. 545: "La obligación bajo condición

suspensiva es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda". Ejemplo: te regalo mi biblioteca jurídica siempre que te recibas de abogado.

La condición *resolutoria* deja en suspenso no la adquisición, sino la extinción de un derecho ya adquirido. Según el art. 553, "la obligación es formada bajo condición resolutoria, cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido". Ejemplo: te transfiero el dominio de mi fábrica, pero quedará disuelta la operación si llega cierta materia prima esperada: *si navis ex Asia venerit*, decían los romanos en su ejemplo clásico.

528. ESPECIES: POSITIVAS Y NEGATIVAS; POSIBLES E IMPOSIBLES; LÍCITAS E ILÍCITAS O PROHIBIDAS; CASUALES; POTESTATIVAS Y MIXTAS.– Tanto la doctrina como la legislación distinguen diversas clases de condiciones. Nos ocuparemos de cada una de ellas.

a) *Condiciones positivas y negativas.* – Esta clasificación reviste escasa trascendencia. La condición *positiva* consiste en la realización de un hecho, por ejemplo, el pago de una suma en caso de siniestro. La condición *negativa* consiste en la ausencia de realización de un hecho. Así, el pago de una renta vitalicia, en cuyo caso la prestación está supeditada al hecho de que no muera la persona designada en el contrato.

b) *Condiciones posibles e imposibles.* – La imposibilidad del hecho previsto puede ser natural o jurídica. A la primera especie se refiere el ejemplo clásico de tocar el cielo con el dedo. La segunda, que no ha de confundirse con la ilicitud, alude a hechos no punibles –entonces serían ilícitos– a cuya realización se opone un obstáculo legal, verbigracia, la venta de una cosa fuera del comercio, o la hipoteca de una cosa mueble.

La imposibilidad del hecho debe apreciarse en el momento de la celebración del acto. Si sobreviene después no será un supuesto de condición imposible, sino de frustración de la condición. Si a la inversa posteriormente la condición se hace posible, no por ello la obligación deja de ser nula.

Por último, es menester hace notar que "la condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación" (art. 532). En tal caso el acto es puro y simple, quedando exento de toda modalidad. Ejemplo: te daré cien pesos si no tocas el cielo con el dedo.

c) *Condiciones lícitas e ilícitas o prohibidas.* – El art. 530 prohíbe que se tomen como condición los hechos contrarios a la moral y buenas costumbres.

Con relación a las condiciones, no corresponde distinguir si el hecho inmoral es positivo o negativo. Desde luego no es admisible supeditar la adquisición de un derecho a la realización de un hecho inmoral. Pero tampoco resulta aceptable que pueda considerarse la abstención de un acto inmoral como el presupuesto de un derecho, lo que equivaldría a incurrir en la vileza de convenir un precio por ser honesto.

El único supuesto en que la comisión de un hecho inmoral puede configurar una condición legítima, se refiere a la condición *resolutoria*. En efecto, no habría nada deshonesto en que se estableciese desde ya a favor de alguien un determinado derecho, verbigracia, el cobro de una renta mensual, supeditado a la vida honesta del beneficiario, de tal manera que la comisión de un hecho inmoral determine la pérdida del derecho. Es la propia ley la que autoriza ese proceder en una hipótesis análoga: revocación de la donación por ingratitud del donatario (art. 1858).

Asimismo, el art. 530 dispone que anula el acto la inclusión de condiciones ilícitas, entendiéndose por tales las que consisten en hechos prohibidos por las leyes. Este principio admite dos excepciones.

En primer lugar es posible dar el carácter de condición a un hecho ilícito (prohibido por la ley) cuando se trata de una condición resolutoria, en cuyo caso se plantea una situación similar a la que se acaba de examinar.

En segundo lugar es admisible considerar a los hechos ilícitos como condiciones, cuando se prevé su posible realización por terceras personas a fin de prevenir las consecuencias del entuerto. Ejemplo, el seguro contra robo, etcétera.

Fuera de las enunciaciones contenidas en el art. 530, nos encontramos con otras condiciones, a las que es dable denominar ilegítimas, para distinguirlas de las ilícitas, antes mencionadas.

Entre las condiciones ilícitas y las que llamamos ilegítimas existe una importante diferencia. Las primeras se refieren a hechos reprobados por la ley, en tanto que las segundas contemplan hechos lícitos, tales como vivir en cierta ciudad, cambiar de religión, contraer matrimonio, etcétera, no obstante lo cual la ley impide que puedan erigirse en condiciones, para preservar la libertad de acción, de conciencia y de elección de estado de las personas.

La enunciación de las condiciones ilegítimas del art. 531 no es taxativa, sino enunciativa, por lo que es dable considerar ilegítimas todas las

condiciones que restrinjan la libertad de acción, de conciencia y de elección de estado de las personas. Es una aplicación del principio de analogía.

d) *Condiciones casuales, potestativas y mixtas.* – La condición es *casual* cuando el hecho previsto no depende de la voluntad de las partes. Ejemplo: te daré mi automóvil usado si obtengo el premio en la rifa de un automóvil nuevo.

La condición es *potestativa* cuando el hecho previsto depende de la voluntad del interesado. Ejemplo: te daré mil pesos mañana si quiero hacerlo.

La condición es *mixta* cuando participa de la índole de las dos anteriores: el hecho previsto en parte depende de la voluntad del obligado, y en parte no. Ejemplo: costearé la instalación de tu consultorio cuando te recibas de médico. Aquí el hecho previsto (la obtención del título de médico) no depende exclusivamente de la voluntad de estudiar del interesado, sino también de circunstancias extrañas, tales como la posibilidad de continuar los estudios, efectuar los trabajos prácticos, aprobar los exámenes, etcétera.

Mientras las condiciones casuales y mixtas son de suyo válidas, las puramente potestativas no lo son. Por esto dice el art. 542 que "la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto..." Esta solución es lógica porque semejante obligación no tiene de tal sino el nombre. Por el contrario, el acto es válido si la condición consiste en un hecho que deberá cumplir el obligado, o del cual tendrá que abstenerse. Es lo que aclara la parte final del art. 542: "...pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida". Ejemplo: te venderé mi casa si el año próximo me radico en Córdoba.

529. CUMPLIMIENTO: TIEMPO Y FORMA, INDIVISIBLE, FICTO; CONDICIONES CONJUNTAS O DISYUNTIVAS.– Con respecto al tiempo en que deben cumplirse las condiciones, el Código distingue según se haya previsto o no plazo.

Si se ha fijado plazo, la solución varía según que el hecho condicional sea positivo o negativo. En efecto, "la obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento sucederá en un tiempo fijo, caduca, si pasa el término sin realizarse, o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse" (art. 539). Ejemplo: te daré mil pesos si antes de fin de año llega un barco de las Canarias. En cambio "la obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, queda cumplida si pasa el tiempo sin verificarse" (art. 540). Ejemplo: te daré mil pesos si antes de fin de año no llega un barco de las Canarias.

Si no existe plazo fijado para el cumplimiento de la condición, el Código determina que la "condición deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse" (art. 541, 1ª parte). Esta regla es una aplicación del principio contenido en el art. 533. Asimismo, "se tendrá por cumplida cuando fuere indudable que el acontecimiento no sucederá" (art. 541, 2ª parte). Ejemplo: te doy mil pesos con la condición de que no alquiles tu casa a Pedro. Si la casa es vendida a un tercero o Pedro muere, la condición se tendrá por cumplida.

La *forma* en que deben cumplirse las condiciones está expresamente prevista en el Código: "Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que habían de cumplirse" (art. 533). Se trata de un principio amplio que tiende a hacer prevalecer la voluntad real de las partes, y por ello mismo son aplicables las reglas sobre interpretación de los actos jurídicos, pues en realidad es una cuestión de hecho que debe decidirse de acuerdo con las circunstancias particulares del caso.

En este orden de ideas el Código ha consagrado el principio de la *indivisibilidad* de las condiciones, que se funda en que sólo el íntegro cumplimiento de ellas hace producir los efectos que se encontraban pendientes. Por ello el art. 534 establece que "las prestaciones que tienen por objeto el cumplimiento de una condición son siempre indivisibles", y el art. 535 agrega: "El cumplimiento de las condiciones es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible. Cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la obligación".

La ley ha contemplado diversos casos de *cumplimiento ficto* de la condición, a pesar de que objetivamente no se haya producido: "cuando las partes a quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncien; o cuando dependiendo del acto voluntario de un tercero, éste se niegue al acto, o rehúse su consentimiento; o cuando hubiere dolo para impedir su cumplimiento por parte del interesado, a quien el cumplimiento no aprovecha" (art. 537). Igualmente "se tendrá por cumplida la condición bajo la cual se haya obligado una persona, si ella impidiere voluntariamente su cumplimiento" (art. 538).

El legislador ha previsto la posibilidad de que las *condiciones* sean varias, distinguiendo según hayan sido incluidas *disyuntiva o conjuntamente:* "Cuando en la obligación se han puesto varias condiciones disyun-

tivamente, basta que una de ellas se cumpla para que la condición quede perfecta; pero si las condiciones han sido puestas conjuntamente, si una sola deja de cumplirse, la obligación queda sin efecto" (art. 536).

530. RETROACTIVIDAD: NOCIÓN, CRÍTICA, DERECHO COMPARADO, PROYECTOS DE REFORMA.– En nuestro derecho el cumplimiento de la condición opera *retroactivamente* a la fecha de celebración del acto. Así lo expresa el art. 543, según el cual "cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo".

El principio de retroactividad de la condición se aplica tanto a las condiciones suspensivas como resolutorias. Por tanto, si se trata de la condición suspensiva, el cumplimiento de ella determina que el derecho exista desde la fecha de celebración del acto. En cambio, si se trata de una condición resolutoria, el cumplimiento de ella opera la extinción del derecho, que se considera como si nunca hubiese existido. Es siempre la aplicación del mismo régimen a dos situaciones opuestas.

Tanto la doctrina como la legislación moderna se han pronunciado en contra del principio de la retroactividad, que se funda para unos en que el acto jurídico condicional existe desde el día de su otorgamiento, y para otros en la presunta voluntad de las partes. Afirmándose que este principio conduce a perjudicar el interés de los terceros de buena fe y deteriora la seguridad de las relaciones jurídicas, se entiende que el cumplimiento de la condición sólo debe producir efectos para el futuro, salvo estipulación expresa en contrario que únicamente valdrá entre las partes.

Mientras los códigos francés (art. 1179), español (art. 1120), italiano (art. 1360) y uruguayo (art. 1282), mantienen como el nuestro el criterio tradicional de la retroactividad, otras legislaciones han seguido la orientación del Código alemán, que determina lo contrario (art. 158), si bien autoriza a las partes a pactar la retroactividad (art. 159). Entre los códigos inspirados en esta idea, que es la que cuenta con el apoyo de la doctrina más nutrida, mencionaremos el suizo de las obligaciones (art. 151), el peruano de 1936 (art. 1110) y el japonés (art. 127). Los proyectos nacionales de reforma del Código Civil se han orientado dentro de esta tendencia.

531. DERECHO EVENTUAL: SU NATURALEZA Y TRANSMISIBILIDAD.– Los derechos condicionales son susceptibles de *transmisión* no solamente *mortis causa,* sino también por actos entre vivos. A primera vista parecería que la transmisión de un derecho condicional es contradictoria de su naturaleza, puesto que si carece de una existencia actual podría entenderse

que la transferencia estaría entonces vacía de sustancia. Pero no hay tal; si el derecho condicional no tiene una existencia actual tiene sí una *existencia eventual,* y no media ningún obstáculo para que el titular pueda transferirlo con esa misma calidad a sus sucesores. El *derecho eventual* constituye una probabilidad favorable, un verdadero derecho en expectativa, y en tal carácter es un elemento del patrimonio, que es dable transmitir a otra persona. Por ello la ley autoriza en el art. 544 la sucesión *mortis causa* de los derechos condicionales, y a su vez el art. 1446 reconoce su transmisibilidad por actos entre vivos.

532. EFECTOS PARTICULARES DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA Y DE LA RESOLUTORIA: PENDIENTE, CUMPLIDA O FRACASADA.– En el examen de los efectos de las condiciones es necesario distinguir la situación de las partes mientras la condición está *pendiente,* cuando ella *fracasa* o contrariamente cuando se *cumple.* Por otra parte, debe estudiarse cuáles son los efectos de la condición respecto de *terceros.*

533. EFECTOS ENTRE PARTES DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA.– a) *Pendiente:* Estando pendiente la condición la existencia del acto queda en suspenso. No obstante que el derecho del acreedor no es pleno, la generalidad de la doctrina entiende que se trata de un verdadero derecho virtual o latente pues su eficacia está en suspenso hasta que se cumpla la condición. Por lo tanto, existiendo el derecho ello significa que hay un vínculo jurídico.

Ello tiene como consecuencia que los derechos del acreedor son transmisibles a sus herederos (art. 544) y por actos entre vivos (art. 1446); "el acreedor puede proceder a todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos" (art. 546). En cambio no puede adoptar medidas de ejecución, pues mientras la condición no se cumpla actualmente nada se debe; de ahí que "el deudor puede repetir lo que durante la condición hubiere pagado al acreedor" (art. 547).

b) *Fracasada:* "Si la condición no se cumple, la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado" (art. 548), es decir que el vínculo entre las partes es como si no hubiera existido. Como consecuencia de ello, agrega el aludido precepto que "si el acreedor hubiese sido puesto en posesión de la cosa que era objeto de la obligación, debe restituirla con los aumentos que hubiere tenido por sí, pero no los frutos que haya percibido".

c) *Cumplida:* Si la condición se cumple "los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo" (art. 543). Por lo tanto las partes pueden exigir su cumplimiento como si se tratara de una obligación pura y simple.

534. RIESGOS, AUMENTOS Y FRUTOS DE LA COSA.– Como el Código no ha previsto quién debe soportar los riesgos de la cosa, ni a quién benefician sus aumentos y mejoras, deben aplicarse los principios que rigen a las obligaciones de dar (arts. 578 y sigs.).

Con respecto a los frutos, si la cosa fue entregada al acreedor, a él le pertenecen (art. 548).

535. EFECTOS ENTRE PARTES DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.– a) *Pendiente:* Estando pendiente la condición resolutoria el acto es plenamente eficaz, como si fuera puro y simple. Por tanto, las partes pueden ejercer en toda su plenitud sus respectivos derechos.

b) *Fracasada:* Si la condición resolutoria fracasa, o siendo cierto que no se cumplirá, "el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición" (art. 554). Es decir que el derecho condicional del acreedor se consolida y todos los actos por él realizados quedan firmes y válidos.

c) *Cumplida:* Si la condición resolutoria se cumple, la obligación se extingue retroactivamente para ambas partes, y por lo tanto "deberá restituirse lo que se hubiese recibido en virtud de la obligación" (art. 555). Los actos de disposición y administración que se hayan realizado son regidos por los arts. 2670 y 2671.

536. RIESGOS, AUMENTOS Y FRUTOS DE LA COSA.– Con respecto a los riesgos dispone el art. 556 que "si la cosa objeto de la obligación ha perecido, las partes nada podrán demandarse".

En cuanto a los frutos el art. 557 expresa que "verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio". Cabe señalar que esta solución es congruente con el principio básico establecido en el art. 2423.

537. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA.– *Suerte de los actos de disposición o administración.* Cumplida la condición suspensiva y con respecto a los *actos de disposición,* debe distinguirse si la cosa debida era mueble o inmueble.

Tratándose de *cosas muebles fungibles,* "el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, y sólo lo tendrá en los casos de fraude" (art. 549). En este caso el acreedor puede ejercer contra el tercero la acción revocatoria o pauliana (arts. 961 y sigs.).

Si se trata de *cosas muebles no fungibles,* "el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino cuando sean poseedores de mala fe" (art. 550), es decir cuando el tercero haya tenido conocimiento de que la obligación estaba sujeta a condición. En cambio si el tercero es de buena fe, la posesión equivale al título (conf. art. 2412).

Tratándose de *cosas inmuebles,* "el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino desde el día en que se hubiese hecho tradición de los bienes inmuebles" (art. 551), al acreedor condicional. Ello es así porque el dominio sólo se adquiere por la tradición (art. 577) y se perfecciona con su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 2505).

Por consiguiente, si un tercero de buena fe ha recibido la cosa inmueble, al acreedor sólo le queda "el derecho de demandar a la parte obligada, por el pago de lo equivalente y de la indemnización de las pérdidas e intereses" (art. 552).

Respecto de los *actos de administración* realizados por el deudor, ellos son válidos aunque la condición se cumpla (arts. 3276 y 2670).

538. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.– *Suerte de los actos de disposición y administración.* Aludiendo a los inmuebles, dispone el art. 2670 que "revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, o el tercer poseedor".

Ello es explicable, pues "nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba" (art. 3270).

Por el contrario, el primitivo propietario está obligado a respetar los actos de administración (art. 2670, 2ª parte).

Tratándose de muebles el art. 2671, dice que la "revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, o acreedores pignoraticios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa".

539. EFECTO *IPSO JURE*: CONDICIÓN RESOLUTORIA Y PACTO COMISORIO.– El pacto comisorio, regulado por el art. 1203, es la cláusula por la cual una de las partes, o ambas partes, se reservan el derecho de resolver el contrato si la otra no lo cumple.

Esta figura y la condición resolutoria se asemejan en que ambas resuelven o dejan sin efecto un derecho ya adquirido. Sin embargo, existe entre ellas una diferencia fundamental, pues la condición resolutoria produce sus efectos *ipso jure,* de pleno derecho; mientras que el pacto comisorio debe ser ejercido mediante la declaración de la voluntad de resolver el contrato. La voluntad de las partes no puede impedir que se produzcan los efectos de la condición cumplida; mientras que en el pacto comisorio "...la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte" (nota al art. 555).

Las consecuencias de que los efectos del cumplimiento de la condición resolutoria se producen *ipso jure* son: 1) sus efectos pueden ser invocados u oponerse por o contra cualquier persona; 2) el acaecimiento de la condición extingue el derecho de renunciar a los efectos del hecho condicional, lo que hasta ese momento podía hacer la parte en cuyo beneficio se había puesto la condición.

§ 2. Obligaciones a plazo

540. CONCEPTO.– El plazo es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de los derechos a que se refiere. Por extensión se denomina ordinariamente plazo al lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho.

541. CARACTERES.– Los caracteres del plazo son dos: 1) el hecho previsto es futuro; 2) ese hecho es necesario, cierto, es decir que fatalmente ha de ocurrir, por oposición a la condición que es esencialmente contingente.

542. DIFERENCIAS CON LA CONDICIÓN.– Los derechos condicionales que se caracterizan por su fragilidad, pueden ser ilusorios, desde que está pendiente de definición su misma existencia (condición suspensiva) o su resolución retroactiva (condición resolutoria). En cambio los derechos sujetos a plazo son efectivos y seguros, no hay duda alguna sobre su existencia, si bien el titular ha de esperar un cierto tiempo para entrar en el pleno ejercicio de sus facultades.

Lo que caracteriza al plazo es que se trata de un hecho que debe llegar fatalmente, necesariamente. En cambio, en la condición el hecho puede o no llegar a ocurrir. De ahí que el art. 569 disponga: "cualesquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo, y no condición, siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto".

543. ESPECIES.– Las clasificaciones que suelen hacerse del plazo son dos: 1) los plazos son suspensivos o extintivos; 2) son ciertos o inciertos.

En la *primera* clasificación se toma en cuenta el efecto que ha de seguir al cumplimiento del plazo. Es *suspensivo* el plazo que difiere (o suspende) en el tiempo el ejercicio de las facultades que incumben al titular de un derecho; ejemplo: la obligación de restituir una suma de dinero prestada al cabo de un mes, noventa días, etcétera. El plazo es *extintivo* cuando opera al cabo de cierto tiempo la caducidad (o extinción) de un derecho. A este plazo lo denomina el codificador, en los arts. 566 y 567, "resolutorio", pero esta denominación es impropia porque en la terminología jurídica, la resolución borra lo ocurrido actuando retroactivamente a la fecha de constitución del derecho, y en cambio el plazo no opera retroactivamente sino a partir de la fecha en que ocurre, dejando subsistir los efectos anteriores del acto al cual accede. Ejemplo: la muerte de la persona en cuya cabeza se ha constituido, extingue el derecho del acreedor a la renta vitalicia (conf. art. 2088) sin retroactividad, de modo que son exigibles las rentas ya devengadas por entonces.

La *otra clasificación* toma en cuenta la precisión de la fecha en que debe ocurrir el vencimiento del plazo. Es *cierto* el plazo cuando se conoce de antemano el momento de su realización, como dice el codificador "cuando fuese fijado para terminar en designado año, mes o día, o cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación, o de otra fecha cierta" (art. 567). Ejemplo: un pagaré a noventa días, o la obligación de pagar una suma el 30 de noviembre del año siguiente.

En cambio, "el plazo es *incierto*, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice" (art. 568). Ejemplo: la obligación de pagar una suma después de recoger la cosecha, o a la muerte de determinada persona. Es de adver-

tir que no es posible la confusión del plazo incierto con la condición. El carácter de incierto recae no sobre su realización sino sobre el momento o fecha de esa realización. En cambio en la condición la incertidumbre recae sobre la misma existencia del hecho previsto.

544. A QUIÉN FAVORECE.– Según el art. 570 del Código, "el plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, a no ser que, por el objeto de la obligación o por otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del deudor o del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo".

El criterio del codificador se aparta de la opinión tradicional según la cual el plazo debe interpretarse en un sentido favorable al obligado. Salvo los códigos español (art. 1127) y uruguayo (art. 1410), ningún otro código extranjero concuerda con el principio del art. 570, que no deja de tener un sabor exageradamente favorable para el acreedor.

En realidad no se advierte que concurra en nuestro ambiente ningún factor especial que nos lleve a desatender la opinión prácticamente unánime de la legislación universal sobre el punto, en el sentido de que el plazo juega a favor del deudor, salvo prueba en contrario.

El art. 51 de la ley 24.441 se aparta del criterio del Código Civil y establece que en los créditos hipotecarios para vivienda, el plazo se presume establecido en beneficio del deudor salvo estipulación en contrario.

545. CÓMPUTO.– Al respecto son de estricta aplicación los principios generales establecidos por el Código en el título preliminar "Del modo de contar los intervalos del derecho" (arts. 23 a 29).

546. CADUCIDAD.– El plazo se considera vencido en diversos supuestos establecidos por la ley: 1) cuando el deudor cae en insolvencia (arts. 572 y 573); 2) cuando se sacan a remate bienes hipotecados o prendados (art. 754); 3) cuando el deudor hipotecario efectúa actos de desposesión material o jurídica que tengan por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado (arts. 3157/3161); 4) cuando el deudor que da en prenda una cosa ajena no la reemplaza por otra propia de igual valor (art. 3215); 5) cuando el acreedor anticresista abusa de sus facultades en daño del inmueble (art. 3258).

547. EFECTOS: ANTES Y DESPUÉS DE VENCIDO.– El plazo opera sus efectos *ex-nunc,* es decir, a partir de su vencimiento, dejando subsistente las

consecuencias del acto producidas con anterioridad. En esto se advierte una diferencia esencial con el funcionamiento *ex-tunc* de la condición que borra lo pasado en el intervalo desde la celebración del acto hasta la fecha de la realización de la condición.

Por lo demás, la posición del titular del derecho sujeto a plazo debe ser examinada antes y después del vencimiento del término respectivo.

Antes del vencimiento, la obligación no es exigible, por lo que la actitud del titular es de expectativa. Consistiendo la modalidad en la suspensión del ejercicio de su derecho, las acciones del titular para obtener el pago de su crédito están en suspenso hasta el vencimiento del plazo. Con todo, debe reconocérsele el ejercicio de toda clase de actos conservatorios, pues si se le conceden al titular del derecho condicional a *fortiori* deben corresponder al titular de un derecho más vigoroso como es el sujeto a plazo.

En cuanto a la transmisibilidad del derecho durante ese período, no cabe duda alguna en razón de la existencia cierta del derecho. Así lo dispone el art. 573 con relación a las obligaciones a plazo cierto. Parece innecesario agregar que en la misma situación se encuentran las obligaciones a plazo incierto (conf. art. 1446).

Después del vencimiento del plazo cesa el obstáculo que traba el ejercicio del derecho por lo que su titular está en condición de promover las acciones judiciales pertinentes (conf. art. 505).

548. PAGO ANTICIPADO: LEY 17.711.– El deudor que paga anticipadamente no puede pretender la repetición de lo pagado. En efecto, no puede alegar que tal pago ha sido hecho sin causa, puesto que el acreedor tenía título para recibirlo. Tampoco puede alegar el error que hubiese padecido sobre la exigibilidad del crédito, pues ello no es un error esencial (conf. art. 791, inc. 1º) que pueda anular el pago.

Con anterioridad a la ley 17.711 la cuestión era dudosa por el conflicto que se suscitaba entre los arts. 571 (en su redacción anterior), y 791, inc. 1º. Este denegaba la repetición cuando el error consistía en la ignorancia del plazo y el art. 571 concedía la repetición. El legislador de 1968 ha eliminado el enfrentamiento de los textos, redactando el nuevo art. 571 en consonancia con lo dispuesto en el art. 791, inc. 1º.

§ 3. Obligaciones con cargo

549. CONCEPTO.– El cargo es una obligación accesoria y excepcional que se impone al adquirente de un derecho. Ejemplo: el legado con el cargo de mantener parientes del testador.

La noción expresada no difiere mucho de la definición de Mackeldey, que transcribe el codificador en su nota al art. 558. Para Mackeldey, "entiéndese por modo –es la denominación romana– toda disposición onerosa por medio de la cual el que quiere mejorar a otro, limita su promesa, exigiendo de él y obligándole a una prestación en cambio de lo que recibe".

550. CARACTERES.– Por lo pronto el cargo *es una obligación* que grava a una de las partes interesadas. No es un suceso extraño e impersonal ajeno a la voluntad humana como ocurre generalmente tratándose de la condición, y siempre si se trata del plazo. Es por su naturaleza una obligación y, por tanto, puede ser coercitivamente exigido su cumplimiento.

En segundo lugar, es una *obligación accesoria* a la adquisición de un derecho. El cargo está vinculado al derecho al cual accede, de tal manera que no es posible adquirir el derecho sin asumir al propio tiempo la obligación que el cargo importa. Consiguientemente aparece como una restricción del beneficio que recibe el adquirente del derecho.

En tercer lugar, es una *obligación excepcional,* es decir, que no deriva ordinariamente del acto jurídico realizado, no es un complemento normal de la transmisión del derecho, sino que es por su naturaleza independiente del derecho, siendo sólo la voluntad del enajenante la que establece la vinculación desde ya existente entre el derecho principal y el cargo impuesto.

551. DIFERENCIAS CON LA CONDICIÓN, EL PLAZO Y EL CONSEJO.– El cargo es coercitivo, no es suspensivo, característica que lo distingue sustancialmente de la condición. Mientras la condición suspende la adquisición del derecho al cual se refiere, el cargo no impide dicha adquisición, si bien grava al adquirente con la obligación que importa, y que podrá serle exigida por todos los medios de compulsión propios de las obligaciones. Por el contrario los hechos humanos configurativos de condición no son coercibles.

Si se presenta alguna duda acerca de si el hecho previsto constituye condición o cargo, debe entenderse que es esto último (conf. art. 558, 2ª parte), por resultar así más favorable la situación del titular del derecho.

Con relación al plazo, la confusión no es posible. En tanto que el plazo suspende el ejercicio del derecho de que se trate, el cargo no afecta al derecho principal cuyo adquirente goza de todas las atribuciones que competen al titular.

Con respecto a los consejos, su diferencia con el cargo es evidente. El consejo es sólo una sugestión, reflexión o indicación que no encierra obligación jurídica alguna. Por el contrario el cargo es una imposición aceptada por el adquirente del derecho, y por lo tanto produce importantes efectos jurídicos.

552. TERMINOLOGÍA LEGAL.– El Código utiliza generalmente la palabra "cargo" para denominar a esta modalidad de las obligaciones, que en las leyes romanas se llama *modo* (ver nota al art. 558). No obstante ello, en algunas ocasiones Vélez utiliza con el mismo sentido la palabra "carga" (arts. 1849 a 1853, 1855 a 1857, 2419, 3774 y 3805).

553. POR QUIÉN, CUÁNDO Y CÓMO DEBE CUMPLIRSE.– El cargo debe cumplirse por quien ha sido gravado con dicha obligación, es decir, el adquirente del derecho.

Con respecto al término para cumplir el cargo, si hay plazo señalado, debe observárselo. Si no hubiese fijado término "deberá cumplirse en el plazo que el juez señale" (art. 561), teniendo en cuenta para ello la naturaleza del cargo a cumplir.

En cuanto a *cómo* deben cumplirse los cargos, a falta de una norma expresa sobre el punto, corresponde aplicar el principio general del art. 533. Por tanto, deben cumplirse de la manera que el disponente verosímilmente quiso y entendió que debían cumplirse. En caso de suscitarse cualquier discusión, será el juez quien decida teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

554. EFECTOS DE SU EJECUCIÓN O INEJECUCIÓN.– Los efectos propios del cargo provienen del doble carácter de constituir por su naturaleza una obligación y ser al mismo tiempo un accesorio del derecho principal.

Por razón de su naturaleza obligacional, el incumplimiento del cargo faculta al respectivo acreedor, que puede ser el disponente del derecho o un tercero, para el ejercicio de las medidas compulsivas pertinentes (conf.

art. 505). Pero dicho incumplimiento no afecta la adquisición del derecho; si esto ocurre ya no se tratará de cargo, sino de condición, debiendo tenerse presente que con relación a las donaciones el donante tiene acción para pedir la revocación de la liberalidad, en razón de lo dispuesto en los arts. 1849 y 1850, Cód. Civil.

Por razón del carácter accesorio del cargo, la extinción del derecho principal provoca la extinción de la obligación accesoria, pero no a la inversa (conf. art. 525). Esto explica que la extinción sobreviniente de la obligación que el cargo importa, deje subsistente la adquisición del derecho, quedando los bienes adquiridos sin cargo alguno (conf. art. 565).

555. TRANSMISIÓN HEREDITARIA.– Por su carácter de obligación, el cargo se transmite a los sucesores universales del deudor, salvo que sean inherentes a la persona de éste (conf. art. 562). Es la misma regla que el art. 1195 determina para las obligaciones en general.

Tratándose de cargos inherentes a la persona, "si el gravado falleciere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin ningún efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos, o a sus herederos legítimos" (art. 562, 2ª parte). Sin embargo, esta reversión no tiene efecto respecto de terceros "sino en los casos en que puede tenerlo la condición resolutoria" (art. 563), es decir, en los casos contemplados en los arts. 549 a 552, de adquirentes de muebles o inmuebles, y en el caso del art. 555.

556. CARGOS IMPOSIBLES, ILÍCITOS O INMORALES.– Si el hecho que constituye el cargo es imposible, ilícito o inmoral, la nulidad que ello implica se comunica a todo el acto, y consiguientemente a la adquisición del derecho principal. Es lo que dispone el art. 564 haciendo una aplicación del principio general expuesto en el art. 526. Esta solución se justifica, porque resultando el cargo de un acto jurídico único, el vicio del cargo contamina originariamente a todo el acto, y por consiguiente al derecho principal que proviene de ese acto.

III. OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS

557. OBLIGACIONES DE DAR: DEFINICIÓN.– Bajo el ángulo de la *naturaleza de la prestación* debida, las obligaciones se clasifican en obligaciones de *dar,* de *hacer* y de *no hacer* (art. 495).

En las obligaciones de *dar* su objeto consiste en la *entrega* de una *cosa* o de un *bien:* el deber de conducta que pesa sobre el deudor le impone *desprenderse* o *desasirse* del bien o cosa, para entregarlo al acreedor.

En las obligaciones de *hacer* –o de *no hacer*– lo debido consiste en una *actividad* del deudor que está precisado a ajustar su conducta personal a los términos de la obligación. Esta diversa naturaleza de lo "debido" explica por qué en las obligaciones de dar se puede llegar al desapoderamiento forzado del deudor, mientras que en las obligaciones de hacer la prerrogativa del acreedor no llega hasta ejercer la violencia sobre la persona del deudor (conf. art. 629; ver *supra,* núms. 55-57).

A veces hay motivo para dudar si la obligación es de dar o de hacer, pues su objeto implica conjuntamente hechos de conducta y entrega de cosas.

En tales supuestos la índole de la obligación se define por el *contenido principal* de su objeto. Si es una *cosa,* la obligación es de dar, aunque la entrega de ella suponga la ejecución de ciertos actos subordinados, encaminados a la concreción de esa entrega, tales como trámites administrativos de inscripción en registros, o de transferencia del permiso de explotar un vehículo de alquiler, etcétera. Si la sustancia del objeto debido es el *trabajo* humano, la obligación es de hacer, aunque suponga la provisión de alguna cosa, como la hechura de un traje que el sastre se compromete a practicar suministrando él, los forros, botones, etcétera.

558. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR.– Las obligaciones de dar se clasifican, según el orden decreciente de particularidad de su objeto, en obligaciones de dar *cosas ciertas,* de dar *cosas inciertas, fungibles o no fungibles,* y de dar *sumas de dinero.*

559. OBLIGACIONES DE DAR COSA CIERTA: CONCEPTO.– La obligación es de dar una cosa cierta, cuando su objeto está *identificado en su individualidad* al tiempo de constituirse la obligación; por ejemplo, si se promete la entrega de la casa de la calle tal, número cual. En cambio, en las demás obligaciones de dar, la prestación queda relativamente indeterminada en cuanto no se sabe con cuál objeto, en particular, se hará el pago, lo que dependerá de la *elección o determinación* que ulteriormente se practique.

560. FINALIDAD Y RÉGIMEN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA.– Este tipo de obligación puede tener por finalidad constituir sobre la cosa derechos reales, transferir solamente el uso o la tenencia, o restituirla a su due-

ño (conf. art. 574). Cada una de estas finalidades imprime a la obligación un régimen propio (ver arts. 578 a 600).

561. EXTENSIÓN DEL OBJETO: ACCESORIOS.– En la cosa debida quedan involucrados sus accesorios (art. 575), pues éstos no tienen individualidad jurídica propia (conf. arts. 2327 y 2328).

Por ello sólo rompiendo, *antes* de constituirse la obligación, la relación de accesoriedad entre las cosas, podrá el deudor negarse a entregar la accesoria; o bien cuando el acuerdo de las partes excluya la cosa accesoria.

562. DEBERES DEL DEUDOR.– En la obligación de dar cosa cierta, el deudor tiene *dos* deberes esenciales:

a) El deber de *conservar* la cosa debida, que resulta implícitamente del art. 576, que responsabiliza al deudor por la "falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa". Por lo demás, el contrato de compraventa, que es la causa más frecuente de esta clase de obligaciones, impone al vendedor o deudor el deber de conservar la cosa "tal como se hallaba el día del contrato" (art. 1408). Esta norma puede ser generalizada por analogía a toda hipótesis de obligación de dar cosa cierta.

b) El segundo deber esencial del deudor se refiere a la *entrega* de la cosa debida *en el lugar y tiempo propio* (art. 576).

563. EFECTOS DIFERENCIALES DE LA OBLIGACIÓN.– Los deberes que acabamos de apuntar son comunes a toda obligación de dar cosa cierta. Pero como hay variantes importantes en el régimen de la obligación, en función de la finalidad de ella, se impone el estudio separado de los *efectos de la obligación,* según sea su finalidad.

§ 1. Obligación tendiente a la constitución del dominio u otro derecho real

564. PRINCIPIO LEGAL.– Es importante conocer en qué momento pasa el acreedor, mero titular de un derecho personal, a convertirse en dueño de la cosa debida, o titular del respectivo derecho real, si no se tratara del dominio. Al respecto, nuestro Código dispone que "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real" (art. 577), con lo cual se enrola en el sistema romano de constitución de derechos reales.

565. SISTEMA ROMANO DE LA TRADICIÓN.– Según este régimen la constitución de los derechos reales, por actos entre vivos y con excepción de la hipoteca, está subordinada a la *tradición* de la cosa, sea mueble o inmueble. Por tradición se entiende el *hecho material* (pues no es suficiente la mera declaración de voluntad) de *entrega* de la cosa, por el cual el *tradens* se desprende de ella que queda a disposición del *accipiens*. Sin embargo, se admite la *tradición ficta* en lo supuestos de *traditio brevi manu* y de *constituto posesorio,* en los que no existe necesidad de efectuar actos materiales de desplazamiento de la posesión.

El *fundamento* de este sistema reside en la necesidad de llevar a conocimiento de los demás la transferencia.

566. CRÍTICA AL SISTEMA DE LA TRADICIÓN.– En nuestro tiempo la tradición es un hecho que la sociedad ignora, y que transcurre en la más rigurosa *clandestinidad;* es, pues, todo lo contrario de un sistema de publicidad. Por otra parte, la tradición es un hecho *fugaz,* ya que no deja rastros, y *equívoco,* pues la entrega de la cosa puede corresponder a la transmisión del dominio, a la constitución de un usufructo, locación, depósito, comodato, etcétera. Por todo ello el derecho moderno ha sustituido este sistema por la inscripción en registros públicos, cuando se trata de inmuebles; o de cosas muebles valiosas e identificables, como los automóviles.

567. SISTEMA FRANCÉS: REFORMA DEL AÑO 1955.– En el Código Napoleón la propiedad se transfería por el simple consentimiento. Posteriormente, el decreto-ley del 4 de enero de 1955, vino a crear la publicidad inmobiliaria al establecer un fichero inmobiliario e imponer la inscripción en el Registro de todo acto de mutación de una propiedad inmobiliaria (art. 28), so pena de ser inoponible a los terceros que han adquirido sobre el mismo inmueble derechos sujetos a publicidad y los han hecho publicar (art. 30, inc. 1º).

568. SISTEMA ALEMÁN.– En el Código Civil alemán, las cosas *muebles* se transmiten por la *tradición;* los inmuebles, por la inscripción del acto de enajenación en el Registro inmobiliario. Esta inscripción es atributiva de propiedad e independiente del acto jurídico originario del con-

trato por el cual se convino la enajenación; por consiguiente los vicios y fallas de ese contrato se remedian por vía de indemnización de daños y perjuicios, sin alterarse el efecto traslativo de la propiedad causado por la inscripción misma, que configura un *acto abstracto de enajenación.* Por obra de esa inscripción el adquirente queda garantizado en el goce del derecho, el cual resulta saneado de las imperfecciones que pudiese tener, en razón de la fe pública del Registro.

569. PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.– En el año 1899, el diputado doctor Eleodoro Lobos presentó un proyecto de ley propiciando el agregado al Código Civil de una disposición complementaria, según la cual la tradición sólo se juzgaría hecha mediante la inscripción en los Registros de la Propiedad Inmueble. Posteriormente, en el año 1961, esta idea fue recogida por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

El Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954, han adoptado en forma limitada la teoría del acto abstracto de enajenación del Código alemán. La abstracción de dichos proyectos no es rigurosa, sino que funciona en orden a la protección de los adquirentes de buena fe y a título oneroso. En cambio no juega a favor de los adquirentes gratuitos, o de mala fe, quienes deben soportar las fallas del título que se les ha transmitido, y tampoco, desde luego, respecto de las partes del acto inválido, que no queda saneado para ellas por el hecho de la inscripción.

570. LA TRADICIÓN Y LOS REGISTROS DE PROPIEDAD DE JURISDICCIÓN LOCAL.– En vista de las serias deficiencias de la tradición como modo de transferir el dominio de inmuebles, tanto la Nación como las provincias crearon Registros de la Propiedad, estableciendo en las respectivas leyes que los actos constitutivos de derechos reales sobre inmuebles no tendrían efecto contra terceros sino desde la fecha de su inscripción en el respectivo Registro. Con ello venían a subordinar la eficacia del derecho real a un requisito ajeno al Código Civil, razón por la cual la Corte Suprema declaró *inconstitucional* el requisito de la inscripción del acto de constitución del derecho real en el Registro de la Propiedad como condición de su eficacia *erga omnes*, por ser contrario a lo dispuesto en los arts. 75, inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional, que atribuye al Poder Legislativo federal la regulación uniforme del derecho de fondo.

571. INNOVACIÓN DE LA LEY 17.711.– Con el propósito de constitucionalizar las leyes relativas a los Registros de la Propiedad, la ley 17.711 sustituyó el art. 2505 del Código Civil estableciendo que las adquisiciones o transmisiones de derechos reales sobre inmuebles sólo se juzgarán perfeccionadas y oponibles a terceros una vez inscriptos los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda.

La innovación no ha sido bien recibida, pues hubiera sido preferible, según la opinión de los autores especializados, la eliminación del recaudo de la *tradición* y su sustitución lisa y llana, sin acumulación, por la *inscripción* del acto en el respectivo Registro de la Propiedad.

572. EFECTOS PECULIARES DE ESTA CLASE DE OBLIGACIONES.– A) EFECTOS ENTRE LAS PARTES. Estos efectos se refieren: a) a los *riesgos* de la cosa durante la existencia de la obligación; b) a los *aumentos* de la cosa, en ese mismo lapso; c) a los *frutos* de la cosa.

573. a) RIESGOS DE LA COSA: PÉRDIDA Y DETERIORO.– En esta clase de obligaciones es el deudor, como dueño de la cosa, quien resulta perjudicado por el hecho inculpable del *deterioro o pérdida* de ella, ocurrido durante la pendencia de la obligación, es decir, hasta que no se haga tradición de la cosa.

574. PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA.– Si la cosa se *pierde sin culpa* del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes (art. 578; conf. arts. 513, 888, 890 y 895).

Por *pérdida* de la cosa ha de entenderse la destrucción *física* o *jurídica* de ella (por ej., si el deudor sufre una expropiación por causa de utilidad pública). También si se produce la desaparición de la cosa.

En cuanto al *tiempo* de la pérdida debe ser posterior a la constitución de la obligación. Si fuese anterior no habría habido obligación por falta de objeto.

La pérdida de la cosa importa la *disolución del contrato* mismo que ha engendrado la obligación. Consiguientemente *quedan sin causa* las demás obligaciones derivadas de dicho contrato, como lo deja ver el art. 805, que dispone que la imposibilidad de pago extingue la obligación "no sólo para el deudor, sino también para el acreedor...".

575. DETERIORO DE LA COSA.– Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor puede optar por la *disolución* del contrato, o bien por su

mantenimiento, recibiendo la cosa en el estado que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere (art. 580).

Por *deterioro* ha de entenderse toda *modificación intrínseca* de la cosa que redunde en su *menoscabo económico.* Además, la desvalorización para ser computable debe asumir cierta importancia; como dice Busso, no bastaría "un desperfecto insignificante".

576. RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA O DETERIORO.– Cuando la pérdida o deterioro de la cosa se produce por *culpa* del deudor, ya no funcionan las normas relativas al *caso fortuito,* sino las referentes a la *responsabilidad* del agente del daño por los daños y perjuicios sufridos por el acreedor (ver *supra,* núms. 196 y sigs.).

577.– a) Cuando la cosa se *pierde,* el deudor es responsable "por su equivalente y por los perjuicios e intereses" (art. 579).

Algunos autores han entendido que el deudor está precisado a proveer al acreedor de otra cosa equivalente, más los daños y perjuicios. Para otros autores, cuya opinión compartimos, el equivalente aludido es el valor en dinero de la cosa perdida. En efecto, hablar de cosas equivalentes es contradecir la índole de la obligación de cuerpo cierto, que por serlo tiene un objeto individualizado, perdido el cual no es dable sustituirlo ya por otro. Además, si hay una cosa equivalente por excelencia a la perdida, es el dinero que representa su valor.

El *valor* computable de la cosa perdida es el que tenía en el último momento de su existencia, física o jurídica. Hasta que el acreedor tuvo derecho estricto a la entrega de la cosa, la valorización de ésta ha de computarse para determinar la indemnización, por cuanto la culpa del deudor vino a frustrar la perspectiva de que aquél se beneficiara con aquella valorización.

Como esta indemnización es una *deuda de valor,* ella debe *adecuarse* en su cuantía a la *depreciación* experimentada por la moneda con la cual se avalúa el daño, *desde la fecha de la pérdida de la cosa hasta la fecha de la sentencia* que establece la indemnización (*supra,* nº 220).

578.– b) En cuanto al *deterioro culpable,* el art. 581 contempla dos opciones para el acreedor, a las cuales hay que agregar una tercera:

I) En primer lugar, deteriorada la cosa debida por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar un valor equivalente al de la cosa exenta de deterioro, y el resarcimiento de los demás daños derivados del incumplimiento del deudor.

II) En segundo lugar, el acreedor puede elegir la recepción de la cosa deteriorada, con indemnización de los perjuicios sufridos. El daño se mide por la diferencia del valor de la cosa, *antes y después* del deterioro. Obtenida esa cifra, cabe su ajuste en función del valor actual de la moneda, por tratarse de una *deuda de valor.*

III) Finalmente, aunque no lo dice el art. 581, el acreedor puede optar por la disolución de la obligación, también con indemnización de daños y perjuicios: si cuando el deterioro ocurre sin culpa, el acreedor puede desligarse de la obligación (art. 580), con mayor razón tiene que tener derecho a ello cuando el deterioro es causado por culpa del deudor. En tal caso, el resarcimiento cubre el interés negativo del acreedor, a quien habrá que restablecer en el *statu-quo* patrimonial precedente a la constitución de la obligación disuelta (ver *supra,* nº 209).

579. b) AUMENTOS Y MEJORAS DE LA COSA.– El punto se refiere a las *modificaciones intrínsecas* de la cosa debida que incorporan a ella una *valorización económica:* son los *aumentos y mejoras,* producidos desde la *constitución* de la obligación hasta su *extinción.*

El principio que rige a los aumentos y mejoras es el de que las cosas crecen para su dueño (art. 582).

Los *aumentos* de la cosa son los incrementos que ella recibe por obra espontánea de la naturaleza (por ej., avulsión, art. 2583).

Las *mejoras* son obras del hombre que alterando la estructura de la cosa, la enriquece. Se distinguen en necesarias, útiles y voluntarias.

Las *mejoras necesarias* son aquellas "sin las cuales la cosa no podría ser conservada" (art. 591, cláusula 1ª).

Las *mejoras útiles* son las de "manifiesto provecho para cualquier poseedor" (art. 591, cláusula 2ª).

Las *mejoras voluntarias* (o suntuarias) son "las de mero lujo o recreo, o de exclusiva utilidad para el que las hizo" (art. 591, cláusula final).

Por otra parte, conviene distinguir las *mejoras* necesarias de las *expensas* necesarias. Una y otras preservan la conservación de la cosa, de manera que si no hubiesen sido hechas la cosa se hubiera perdido o deteriorado: por ello son *necesarias.* Empero difieren en cuanto las *mejoras* acrecientan, en alguna medida el valor de la cosa, en tanto que las *expensas*

representan un gasto baldío que no aumenta el valor de la cosa (por ej., el pago de un impuesto inmobiliario).

580.– a) Los *aumentos* que experimenta la cosa favorecen al deudor que es su dueño, y por lo tanto, el acreedor debe soportar el "mayor valor" cobrado por la cosa. Si no hay acuerdo de las partes acerca de la cuantía de ese mayor valor, el juez es quien decide.

b) Las *mejoras necesarias* dan derecho al deudor a cobrar el mayor valor adquirido por la cosa, a causa de la mejora, independientemente del gasto efectuado.

c) Las *expensas necesarias* no pueden ser cobradas al acreedor porque no incrementan el valor de la cosa.

d) Las *mejoras útiles* introducidas por terceros, deben ser solventadas por el acreedor al deudor, que como dueño de la cosa se beneficia con ellas.

e) Las *mejoras útiles* realizadas por el deudor no son cobrables al acreedor, porque aquél estaba obligado a conservar la cosa en el estado en que se hallaba al tiempo de constituirse el vínculo (art. 1408).

Empero, si el acreedor deseara mantener el actual estado de la cosa deberá abonar el costo de las mejoras hasta la concurrencia del mayor valor introducido en la cosa. Por su parte, el deudor no podrá retirar las mejoras si el acreedor está dispuesto a abonarlas de ese modo.

f) Las *mejoras suntuarias* tampoco son cobrables al acreedor; éste puede oponerse a su retiro si ello dañare a la cosa, o cuando la destrucción no beneficiara al deudor, o bien si él quisiera adquirirlas reembolsando lo gastado por el deudor.

581.– El *derecho de disolución* de la obligación, cuando procede el cobro de aumentos o mejoras a cargo del acreedor, sólo existe a favor de éste, nunca del deudor, quien no puede pretender más que el reintegro del mayor valor cobrado por la cosa.

582.– En cuanto al *valor de reintegro* adeudado por el acreedor, tratándose de *aumentos* de la cosa, es el mayor valor cobrado por la cosa a causa del aumento.

Si se trata de *mejoras útiles,* realizadas por terceros, o de *mejoras necesarias,* se aplica el mismo criterio.

Si se trata de *mejoras útiles,* que deseara adquirir el acreedor, éste sólo está precisado a reintegrar al deudor el *costo de la inversión* hasta la

concurrencia del *mayor valor* cobrado por la cosa mejorada: juega ahí el principio del enriquecimiento sin causa.

Si las mejoras a adquirirse fuesen *suntuarias,* el reintegro al deudor será el *importe de costo,* puesto que, por hipótesis, tales mejoras no acrecientan el valor de la cosa. Si lo acrecentaran serían mejoras útiles y no suntuarias.

583. c) FRUTOS DE LA COSA.– El art. 583 regula la atribución de los frutos producidos por la cosa desde la constitución de la obligación y toma en cuenta para ello la fecha de la tradición, lo cual es lógico porque este hecho es esencial para operar el traspaso de la propiedad de la cosa.

Los frutos *naturales o industriales* se adquieren por la percepción y se entienden percibidos desde que se alzan y separan (art. 2425, 1ª parte). Por consiguiente, si estos frutos han sido alzados y separados por el deudor antes de la tradición le pertenecen; en cambio aquellos que en ese momento no han sido alzados o separados, están pendientes y pertenecen al acreedor.

Tratándose de *frutos civiles,* ellos pueden distinguirse en *percibidos, exigibles y pendientes.* Pertenecen al deudor los frutos civiles *percibidos* y los *exigibles* aunque no cobrados con anterioridad a la tradición de la cosa (porque han generado un crédito a favor del dueño de la cosa); y pertenecen al acreedor los frutos *pendientes* en ese momento, entendiéndose por tales los que aunque comenzados a devengarse durante la posesión precedente, no fuesen todavía exigibles al tiempo de la tradición. Así un alquiler pagadero por adelantado pertenece al deudor en su integridad, aunque la tradición de la cosa alquilada se opere antes de *vencer* el período de dicho alquiler. A la inversa pertenece al acreedor un alquiler de pago no vencido aunque haya comenzado a correr a la fecha de la tradición del inmueble.

584.– Los *gastos* que demande la producción de los frutos deben serle reintegrados a quien los hubiere efectuado, si en definitiva él no aprovechara de dichos frutos.

En cuanto a los *impuestos* que gravan la cosa son a cargo del deudor hasta el momento de la tradición.

585. B) EFECTOS CON RESPECTO A TERCEROS. CONFLICTO DE ACREEDORES.– Corresponde examinar los efectos que produce la obligación *respec-*

to de terceros, cuando se suscita un conflicto de acreedores que pretenden la entrega de la misma cosa debida.

Ese *conflicto de derechos* es dirimido, en general, por el art. 3269 que acuerda la prioridad al acreedor de *buena fe* que primeramente *entra en posesión* de la cosa debida. Este principio es recogido por el codificador en los arts. 592 a 596, que se completan con este otro: a falta de entrega de la cosa, es preferido el acreedor de título más antiguo.

586. a) COSAS MUEBLES.– La solución que brinda el art. 592 tiene un *fundamento* incuestionable: en materia de muebles la posesión de buena fe vale título (conf. art. 2412). Por tanto, el tercero que recibe de buena fe la posesión se convierte en propietario de la cosa (conf. art. 2524, inc. 4º), con independencia del título de su antecesor. De ahí que no pueda prevalecer contra él, titular de un derecho real, el mero acreedor que sólo tiene un derecho personal contra su deudor –siendo irrelevante la fecha de su título–, referente a la entrega de una cosa que ya ha pasado a ser propiedad de un tercero.

La clave de la cuestión reside en la *buena o mala fe* del tercero. La buena fe en la posesión se presume (art. 2362), consiguientemente al acreedor que quiera prevalecer sobre el poseedor actual de la cosa le incumbe *probar* la mala fe de éste, que consiste en "el conocimiento de la obligación del deudor" (art. 592).

La buena fe en la posesión se mira en el acto de la tradición y no cuando se constituyó la obligación de entregar la cosa a favor del poseedor actual.

587. QUID DE LA CALIFICACIÓN DE LA ACCIÓN CONTRA EL POSEEDOR DE MALA FE.– Se ha controvertido la *naturaleza* de la acción que tiene el acreedor contra el tercero poseedor de mala fe de la cosa debida, a fin de lograr desapoderarlo de ella y obtener para sí la adjudicación.

Para Llerena y Lafaille se trata de una *acción reivindicatoria.* Basta señalar que esta acción nace del dominio y que el demandante carece de este derecho por falta de tradición para desestimar esa postura.

Según Salvat, Galli y Rezzónico, el acreedor ejerce una acción *revocatoria o pauliana.* Esta posición no parece admisible porque la acción intentada por el acreedor no tiene los rasgos típicos que caracterizan a aquélla (ver *supra,* núms. 453 y sigs.).

En realidad se trata de una *acción de nulidad* que impugna la validez del acto de trasmisión de la cosa, practicado por el deudor a favor del poseedor actual. Ese acto tiene un *objeto prohibido* por cuanto perjudica el derecho del acreedor impugnante (art. art. 953: "hechos que no... perjudiquen los derechos de un tercero") a quien se le impide "emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado" (art. 505, inc. 1º).

588.– De la *naturaleza* de la acción de que dispone el acreedor, en esta situación, derivan las siguientes *consecuencias*:

1º) La acción debe articularse *conjuntamente* contra el deudor y el tercero a quien él ha pasado la posesión de la cosa, a fin de arribar a un pronunciamiento que cause ejecutoria para todos los implicados, vuelva la cosa al patrimonio del deudor por fuerza de la anulación, y permita la adjudicación de la misma cosa al acreedor demandante.

2º) Como en los supuestos ordinarios de nulidad, es posible acumular a la acción principal una demanda *complementaria* de daños y perjuicios que busca reparar los perjuicios sufridos por el acreedor, a causa de la entrega de la cosa al tercero.

3º) La acción de nulidad pertenece sólo al acreedor perjudicado, pues se trata de una *nulidad relativa* (art. 1048), lo cual implica que está sometida a la *prescripción ordinaria* y es susceptible de *confirmación* por el propio acreedor.

589. b) COSAS INMUEBLES.– Cuando la cosa debida es inmueble, rigen principios semejantes a los ya estudiados en los números 586 a 588.

El art. 594 reproduce el criterio del art. 592.

Este supuesto se ventila con frecuencia ante los tribunales con motivo de casas o departamentos prometidos en venta a varias personas.

Lo que paraliza la acción del acreedor es la *tradición* de la cosa a un *tercero de buena fe.* No se necesita que también se haya otorgado la escritura traslativa de dominio a favor del tercero, ni menos su inscripción en el Registro de la Propiedad.

590. c) ACCIÓN RESARCITORIA SUBSIDIARIA.– Cuando no sea posible demandar la nulidad de la transmisión de la cosa efectuada por el deudor, en razón de ser el *accipiens* de buena fe (conf. arts. 592 y 594), o por haber pasado la cosa a manos de otros terceros de buena fe, ya no podrá persistir el acreedor perjudicado en su pretensión de lograr el cumplimiento específico de la obligación. Sólo le queda la facultad de obtener la indemniza-

ción del perjuicio sufrido que deberán resarcirle quienes sean responsables de ese daño (art. 595; conf. art. 1057).

591. d) CONFLICTO ENTRE ACREEDORES SIN POSESIÓN.– Cuando la concurrencia se produce entre acreedores que pretenden la entrega de la misma cosa, la preferencia le corresponde al de *título más antiguo* (arts. 593 y 596).

Si ambos acreedores presentan *instrumentos públicos,* hay que estar a la fecha que ostenten (conf. art. 993). Si presentan *instrumentos privados,* vence el acreedor que haya hecho adquirir al documento una *fecha cierta* más antigua (conf. arts. 1034 y 1035). Cuando los títulos que se exhiben son *heterogéneos,* –un instrumento público y otro privado–, la preferencia le corresponde al acreedor que pueda invocar la *fecha más antigua oponible* al adversario.

§ 2. Obligación de restituir la cosa a su dueño

592. A) EFECTOS ENTRE LAS PARTES.– Son contemplados por los arts. 584 a 591 y su solución deriva de los mismos principios que gobiernan a las obligaciones para constituir derechos reales.

593. a) RIESGO DE LA COSA: PÉRDIDA O DETERIORO.– Por aplicación del fundamental principio *res perit domino*, es el acreedor, como dueño de la cosa, quien absorbe el perjuicio resultante de la pérdida o deterioro de ella, si ocurrieren sin culpa del deudor. Así lo determinan los arts. 584 y 586.

594. PÉRDIDA O DETERIORO CULPABLE.– Cuando la destrucción de la cosa, o su deterioro, es obra de un hecho culpable del deudor, éste responde por el daño que experimenta el acreedor como propietario perjudicado (conf. arts. 585 y 587).

595. b) AUMENTOS Y MEJORAS DE LA COSA.– El régimen aplicable a los *aumentos* de la cosa no suscita dificultad alguna, benefician al acreedor que es el propietario para quien la cosa se incrementa, sin que el deudor que la ha detentado durante ese tiempo pueda pretender indemnización alguna puesto que él nada ha desembolsado para lograr ese aumento (art. 588).

Diversamente, son varias las cuestiones que suscita el régimen de las *mejoras* contemplado en el art. 589, que estudiaremos seguidamente.

596. I) CAMPO DE APLICACIÓN DEL ART. 589.– La materia sobre la cual versa el art. 589, aparece también tratada, con criterio parcialmente diferente, por los arts. 2427, 2440 y 2441. No obstante la aparente similitud, se trata de regímenes diferentes. Uno se refiere a la obligación de restitución de la cosa proveniente de un *título preexistente,* generalmente un contrato, y quedando el caso regido por el art. 589, salvo modificaciones particulares propias de la locación, del mandato, de la gestión de negocios, del comodato y del usufructo. El otro supuesto, gobernado por los arts. 2427, 2440 y 2441, resulta del conflicto de dos derechos reales, el dominio y la posesión.

597. II) MEJORAS INDEMNIZABLES.– Según el art. 589 *son indemnizables* las siguientes mejoras:

1º) Las *mejoras necesarias,* aunque se haya prohibido al deudor su realización, pues si le son debidas al deudor de mala fe (conf. art. 589 *in fine*), sería absurdo que se le negara el reintegro al deudor de buena fe en cualquier circunstancia. Por otra parte, la mejora necesaria es un gasto de conservación a cargo del propietario del que éste no puede liberarse por el hecho de haber prohibido la realización de mejoras.

2º) Las *expensas necesarias,* en tanto el gasto se justifique para mantener la existencia de la cosa en su ser inicial, tendrá que ser solventado por el dueño cuyo patrimonio se beneficia –pérdida evitada– con la conservación de la cosa.

3º) Las *mejoras útiles* son indemnizables al deudor de *buena fe,* "siempre que no se le hubiese prohibido hacer mejoras" (art. 589).

La buena fe consiste en la creencia del deudor sobre la legitimidad del título en virtud del cual detenta la cosa, tal como lo hace, y especialmente en la *persuasión de estar habilitado* para efectuar esta clase de mejoras.

598. MEJORAS NO INDEMNIZABLES.– 1º) Las *mejoras útiles* realizadas de *mala fe,* es decir, practicadas sin derecho para efectuarlas, ya por estar prohibida su realización, ya por carecer de título el deudor para persistir en la ocupación de la cosa.

Aunque la mejora aumente el valor de la cosa, el deudor en tales condiciones carece de derecho para cobrar ese mayor valor. La razón está en que si sabiendo su falta de derecho para efectuarla, sin embargo, la ejecutó, su actitud implica renuncia al posible cobro de una mejora, que ha de pensarse, fue realizada para aprovechar de ella, precariamente, y sin ánimo de recuperar la inversión, pues esto equivaldría a fundar un derecho en la propia culpa.

2º) Tampoco son indemnizables las *mejoras voluntarias* o *suntuarias,* aunque el deudor sea de buena fe, porque faltando por hipótesis la valorización de la cosa –pues si la hubiera la mejora sería útil–, no hay razón para poner la mejora a cargo del acreedor que no se beneficia con ella.

3º) En los supuestos mencionados de mejoras *no indemnizables,* el deudor tiene derecho a su *retiro,* con tal que no se perjudique la cosa mejorada. Pero el acreedor puede oponerse a ese retiro si se aviene a desinteresar al deudor restituyéndole el valor actual de la mejora si es una mejora útil, o cuando la mejora es suntuaria, el valor de la inversión.

599. III) MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS.– No obstante la aparente claridad de la fórmula empleada por el art. 589 según el cual el deudor "tendrá derecho a ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias o útiles, según la avaluación que se hiciere al tiempo de la restitución", la cuestión ha suscitado gran disparidad de opiniones.

a) Lafaille entiende que lo que se debe por el acreedor es un *reembolso* de lo invertido por el deudor en mejoras que son de aquél desde la incorporación a su cosa. Es decir que la solución del art. 589 la reputa derogada por el art. 2427.

b) En una postura opuesta a la anterior, Colmo, Borda y De Gásperi, se atienen a la letra del art. 589, sin otra consideración: valuación de la mejora al tiempo de la restitución.

c) Busso y Galli, definen esta cuestión por aplicación del principio del *enriquecimiento sin causa:* el crédito por mejoras no excede lo invertido por el deudor, ni el mayor valor cobrado por la cosa en razón de la mejora.

600. NUESTRA OPINIÓN.– La cuestión debe resolverse conjugando el principio del *enriquecimiento sin causa* que satisface a la razón y a la justicia, y el principio de la *deuda de valor* que es correctivo apropiado de la inestabilidad económica.

De acuerdo con ello, la *indemnización* a fijarse no podrá exceder de la *utilidad* que representa la mejora para quien la paga, porque de otro modo no se explicaría la necesidad de esa valuación actual de la mejora impuesta por el art. 589; y no podrá, tampoco, exceder del *daño* sufrido por el autor de la mejora, pues si así fuera dejaría de ser indemnización para convertirse en un título de lucro, lo que claramente reprueba el art. 589.

En suma, se paga el *valor de la mejora* existente al tiempo de la restitución, hasta la concurrencia del *valor económico actual del capital sacrificado* por el autor de la mejora, al tiempo de hacer la inversión.

601. MODO DE PRACTICAR LA VALUACIÓN DE LA MEJORA.– Entendemos que debe efectuarse mediante la tasación actual de la cosa mejorada y su comparación con la valuación de la misma cosa haciendo abstracción de la mejora. La diferencia indicará el valor de la mejora. Por ejemplo: si se desea valuar un edificio, habrá que tasar el inmueble edificado y luego practicar la tasación del terreno. La diferencia será el valor del edificio en la relación del acreedor con el deudor.

602. QUID DE LA EXPENSAS NECESARIAS.– Como el art. 589 no da ninguna pauta al respecto, por aplicación de los principios generales, el resarcimiento se fijará en función del *desembolso* efectuado, *medido en términos pecuniarios actuales,* por tratarse de una *deuda de valor.*

603. IV) MEJORAS Y DERECHO DE RETENCIÓN.– El deudor que es acreedor por concepto de *mejoras,* tiene *derecho de retención,* en virtud del cual puede negarse a restituir la cosa mientras no le sea satisfecho el crédito por ese concepto (conf. art. 3939).

604. c) FRUTOS DE LA COSA.– El régimen relativo a la asociación de los frutos dispuestos por el art. 590 es similar, en lo sustancial, al organizado por el art. 583, con la variante de que el hecho de deslinde de la posición de las partes –acreedor y deudor– no es acá la tradición de la cosa, sino la detentación de ella por el deudor, de buena o mala fe. Remitimos, por tanto, y con esa salvedad, a lo dicho *supra* número 583.

605. B) EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.– Puede ocurrir que paralelamente a la obligación de restituir la cosa a su dueño, el deudor haya constituido otra obligación de dar a favor de un tercero, con respecto a la misma cosa. Se suscita entonces un conflicto de pretensiones entre distintos acreedores.

606.– a) Tratándose de *cosas muebles,* el tercero de *buena fe,* que ha entrado en *posesión* de la cosa, prevalece sobre el *dueño,* siempre que la cosa no sea robada o perdida. Por el contrario el dueño prevalece sobre el poseedor de mala fe, o aun de buena fe, cuando la cosa le ha sido robada, o se le ha extraviado (conf. art. 597).

Cuando el deudor *conserva* la tenencia de la cosa, el dueño que intenta recobrarla es preferido a todo otro acreedor a quien aquél se hubiese obligado a entregar la misma cosa (art. 598).

607.– b) Siendo la *cosa inmueble,* el conflicto entre el propietario de la cosa que intenta su recuperación y todo otro acreedor, carente de un derecho real que pueda oponer al primero, se resuelve a favor del dueño (art. 599).

El art. 599 contempla dos posibles conflictos: 1) del dueño del inmueble con terceros que fueren titulares de derechos reales *constituidos por el deudor,* derechos a los que el codificador ha calificado de aparentes por provenir de alguien que carecía de la facultad de constituirlos: si el deudor no tenía ese derecho mal podría transmitirlo a un tercero. Sin embargo, ha de tenerse presente que si el deudor ostentare el dominio en virtud de un acto simulado, el art. 599 no podría ser invocado contra un tercero de buena fe, para quien la simulación es inoponible (ver *supra,* nº 476); 2) del dueño del inmueble con terceros a quienes el deudor hubiere hecho entrega de la posesión de la cosa: el respectivo contrato no sería apto para conceder a los terceros un derecho a la posesión que el propio deudor que les hizo la tradición no tenía. Se comprende que en ambos casos, el dueño del inmueble tenga una *acción real* contra esos terceros.

§ 3. Obligaciones de transferir el uso o la tenencia de la cosa

608. REMISIÓN LEGAL.– Las obligaciones de dar cosas ciertas, para transferir su uso o tenencia, aunque mentadas por el artículo 574, no están tratadas en el Título VII, de la Sección Primera del Libro II, dedicado a las

obligaciones de dar. Ellas se rigen, según el caso, por los principios del *arrendamiento* o del *depósito,* como lo determina el art. 600. Su estudio, pues, debe hacerse en el curso de Contratos.

IV. OBLIGACIONES DE DAR COSAS INCIERTAS

609. NOCIÓN GENERAL.– Las obligaciones de dar cosas inciertas se refieren a un objeto que no ha quedado inicialmente definido en su individualidad, a lo cual habrá de llegarse con la respectiva *elección* o *determinación* de la cosa que haya de pagarse.

Estas obligaciones se subdividen en obligaciones de cosas *no fungibles* u *obligaciones de género,* y de cosas *fungibles* u *obligaciones de cantidad.*

A. *Obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles*

610. CONCEPTO Y CARACTERES.– Son aquellas que versan sobre objetos no individualizados, que se definen por el género a que pertenecen (por ej.: un caballo pertenece al género animal), con *caracteres diferenciales* dentro del mismo género (el caballo puede ser manso o arisco, lerdo o brioso, etc.). Es decir, son *cosas inciertas* por cuanto se identifican no por su individualidad sino por el género a que pertenecen; pero también son cosas *no fungibles* porque un individuo del género no equivale exactamente a otro del mismo género, sino que presenta caracteres diferenciales que hacen que no sea indiferente el cambio de uno por otro.

611. ELECCIÓN.– Las obligaciones de género requieren que su objeto se individualice para poder cumplirse. La elección es el acto por el cual se escoge un individuo del género debido; a los fines del pago. Es un *acto unilateral,* porque emana de la voluntad del deudor, o del acreedor, según quien sea el titular de esa facultad.

612. A QUIÉN CORRESPONDE LA ELECCIÓN.– En principio la elección del objeto a pagar, corresponde al deudor (art. 601). No obstante, el acuerdo de las partes puede conferir al acreedor la elección de la cosa.

La facultad de elección es transmisible a los sucesores de quien podía ejercerla (herederos, legatarios o cesionarios).

a la elección de la cosa, pues esa mora es previa a cualquier pretensión del acreedor.

624. b) DESPUÉS DE LA ELECCIÓN.– Una vez practicada la elección de la cosa a pagar, la obligación *cambia de naturaleza:* su objeto ya no es un género, sino una cosa determinada, que se rige por las prescripciones relativas a esta clase de cosas (art. 603). Remitimos, por lo tanto, a lo expuesto en el apartado anterior.

625. OBLIGACIÓN DE GÉNERO Y PAGO POR ERROR.– Cuando el deudor paga, creyéndose deudor de una cosa cierta, puede repetir lo pagado, a fin de proceder ulteriormente a elegir otra cosa, dentro de su género y de acuerdo con la pauta de la calidad media.

La repetición del pago está subordinada a la prueba del error. Fallando esa prueba ha de estimarse que medió una dación en pago (véase *infra,* núms. 1100 y sigs.), que aceptada por el acreedor impide volver atrás.

626. QUID DE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO PARA RESTITUIR LA COSA A SU DUEÑO.– Varios autores se refieren a las obligaciones de cosas inciertas no fungibles, para restituirlas a su dueño, y estiman que se rigen por los artículos 604 y 605.

En realidad, la obligación de cosa incierta siempre lleva la finalidad de transmitir el dominio y no consiente que se le atribuya otro designio: mal puede hablarse de restitución al dueño de una cosa cuyo dueño es el deudor. La confusión proviene de las palabras empleadas, ya que aunque la obligación persiga la restitución del dominio de una cosa, que antes se recibiera, no cuadra hablar de restitución al dueño de la cosa pues el acreedor dejó de serlo, y quien inviste ese carácter es ahora el deudor.

B. *Obligaciones de dar cosas fungibles o de cantidad*

627. NOCIÓN LEGAL.– Son *obligaciones de cantidad* las que versan sobre *cosas fungibles,* entendiéndose por tales aquellas intercambiables entre sí, por lo que es indiferente esta cosa o aquella otra (conf. art. 2324). El Código define a estas obligaciones en el art. 606.

628. SUPRESIÓN DE ESTA CATEGORÍA EN EL DERECHO MODERNO.– En nuestro tiempo ha desaparecido la categoría de las obligaciones de *cantidad,* que quedan subsumidas en la clase más amplia de las obligaciones de *género.*

629. CARACTERES.– Las obligaciones de cantidad se distinguen por dos caracteres salientes: 1) su objeto *no está individualizado* al tiempo de constituirse la obligación, quedando sólo definido por su género y cantidad, por lo que se asemejan a las de género; 2) su objeto es *fungible,* en cuanto puede ser sustituido indiferentemente por otro que sea de la misma especie y calidad. Este último rasgo distintivo, que separa a las obligaciones de cantidad de las de género, propiamente dichas, influye en el modo de determinar la cosa a pagar.

630. INDIVIDUALIZACIÓN DEL OBJETO.– Tratándose de cosas fungibles, ya no es cuestión de *elegir* entre ellas, porque toda discriminación es indiferente y carente de sentido. De ahí que sólo se trata de *determinar* la cosa a pagar, lo que se practicará por las operaciones de contar, pesar o medir lo debido, con intervención del acreedor respectivo (art. 609). Se requiere, según el caso un recuento, pesaje o medición *controlado* por el acreedor, pues no bastaría una declaración *recepticia* del deudor.

631. A QUIÉN CORRESPONDE PRACTICAR LA INDIVIDUALIZACIÓN.– Aunque el art. 609 sólo menciona al acreedor como protagonista del acto de la determinación concreta de la cosa a pagar, la verdad es que se trata de un *acto conjunto o bilateral.* No es posible prescindir del deudor porque es el dueño de las cosas a individualizar, y sería inconcebible la intromisión en el manejo de ellas sin su anuencia. Pero como es un acto debido, cualquiera de las partes interesadas puede compeler a la otra a fin de que coopere en la individualización, so pena de quedar, quien rehúse a hacerlo, constituido en mora.

632. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.– El deber que pesa sobre el deudor de ajustar su conducta al cumplimiento que le exige la virtualidad de la obligación, se cumple, en este caso, *haciendo entrega* al acreedor de las *cantidades debidas* (art. 607).

El *lugar y tiempo* de cumplimiento será el convenido por las partes (conf. arts. 747, 750 y 1197). A falta de convención siquiera *tácita,* el *lugar de ejecución* será el *domicilio* del deudor (conf. art. 747, *in fine*), adonde deberá concurrir el acreedor para recibir las cosas debidas, en el *tiempo* que el juez señale para ese efecto (conf. arts. 618 y 751).

613. CRITERIO DE ELECCIÓN: PRINCIPIOS LEGALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO.– La elección no puede hacerse caprichosamente; tampoco es discrecional, sino que está sometida al criterio legal según el cual la elección debe recaer en un individuo del género debido que tenga una *calidad media o promedio* (art. 602), pues ello es lo que condice con la buena fe que debe reinar en el cumplimiento de las obligaciones: el deudor no puede elegir una cosa de la *peor* calidad ni el acreedor una de la *mejor*.

614.– El criterio expuesto se altera:

a) Cuando la obligación es de *género limitado:* como se debe un objeto indeterminado a tomarse dentro "de un número de cosas ciertas de la misma especie" (art. 893), quien tiene la facultad de elegir, puede optar por la cosa mejor o peor de las designadas. Es que tales obligaciones, por su *naturaleza, son verdaderas obligaciones alternativas* (véase *infra,* nº 719).

b) Cuando se trata de un legado de género y el testador ha dejado expresamente la elección al heredero o al legatario, porque entonces "podrá el heredero en el primer caso, dar lo peor, y en el segundo, el legatario escoger lo mejor" (art. 3757).

615. MODO DE ELECCIÓN: DIVERSAS DOCTRINAS.– Como nuestro Código no ha precisado *cómo* se configura la elección de la cosa a pagar, es necesario examinar las *diversas teorías formuladas* al respecto.

616. a) TEORÍA DE LA SEPARACIÓN.– Para algunos autores la elección queda consumada por el *apartamiento o separación de la cosa,* respecto de las demás de su mismo género que involucraba a todas, efectuado por quien tenía la facultad de elegir. No es apropiada, porque el acto material de separación no trasciende del ámbito interno de quien lo efectúa.

617. b) TEORÍA DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL ACREEDOR: TRADICIÓN O EXPEDICIÓN.– Esta teoría identifica la elección con el *cumplimiento* de la obligación, consistente en poner la cosa a disposición del acreedor, ya por la *tradición* de ella, ya por su envío o *expedición,* practicado por el deudor. Tiene el inconveniente de diferir la elección hasta el momento de ejecución de la obligación.

618. c) TEORÍA DE LA DECLARACIÓN NOTIFICADA.– La opinión doctrinaria predominante, hace consistir la elección en la *declaración* de la voluntad (conf. arts. 913 y sigs.) de quien tiene la facultad de elegir *con tal que la haga conocer al otro interesado:* es una declaración recepticia porque se perfecciona por la llegada de la respectiva comunicación a la otra parte.

619. TIEMPO DE LA ELECCIÓN.– Si hay convención de las partes que regla el momento de la elección, hay que estar a lo allí determinado.

A falta de convención, el deudor podrá hacer la elección en *cualquier momento,* con tal de que sea anterior a su mora. Si el deudor fuese constituido en mora, sin haber practicado la elección, el acreedor puede recabar autorización judicial para proceder a ello.

Cuando la elección se haya dejado al acreedor, éste no puede usar de su derecho hasta el vencimiento de la obligación.

620. EFECTOS DE ESTA CLASE DE OBLIGACIONES.– Deben examinarse *antes y después* de la elección, hecha en tiempo propio.

621. a) ANTES DE LA ELECCIÓN.– Antes de haber elegido la cosa, el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación "por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito" (art. 604). Ello es así porque el género nunca se extingue –*genus nuncquam perit*– siendo, entonces, la noción de caso fortuito incompatible con la obligación de género, que siempre resulta de cumplimiento factible.

622. CASO DEL ART. 893: OBLIGACIÓN DE GÉNERO LIMITADO.– El principio del art. 604 deja de aplicarse cuando lo debido es algo incierto dentro de una categoría de objetos ciertos, como dispone el art. 893. Lo que ocurre es que el llamado *género limitado,* no es en verdad un *género* sino una *denominación colectiva* de individuos particulares: ello explica que desaparecidos éstos, quede extinguida la colección que ellos integraban y a la que apuntaba aquella designación.

623. INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR. PACTO COMISORIO IMPLÍCITO.– En las obligaciones de género el incumplimiento del deudor en la elección de la cosa a pagar abre a favor del acreedor *dos posibilidades:* requerir el cumplimiento en especie de la obligación, o bien, disolver la obligación, siempre con el aditamento, en uno y otro caso, de los daños y perjuicios (art. 605).

Para que pueda funcionar el pacto comisorio implícito contemplado en el art. 605, es necesario que el deudor haya caído en *mora* con relación

a la elección de la cosa, pues esa mora es previa a cualquier pretensión del acreedor.

624. b) DESPUÉS DE LA ELECCIÓN.– Una vez practicada la elección de la cosa a pagar, la obligación *cambia de naturaleza:* su objeto ya no es un género, sino una cosa determinada, que se rige por las prescripciones relativas a esta clase de cosas (art. 603). Remitimos, por lo tanto, a lo expuesto en el apartado anterior.

625. OBLIGACIÓN DE GÉNERO Y PAGO POR ERROR.– Cuando el deudor paga, creyéndose deudor de una cosa cierta, puede repetir lo pagado, a fin de proceder ulteriormente a elegir otra cosa, dentro de su género y de acuerdo con la pauta de la calidad media.

La repetición del pago está subordinada a la prueba del error. Fallando esa prueba ha de estimarse que medió una dación en pago (véase *infra,* núms. 1100 y sigs.), que aceptada por el acreedor impide volver atrás.

626. QUID DE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO PARA RESTITUIR LA COSA A SU DUEÑO.– Varios autores se refieren a las obligaciones de cosas inciertas no fungibles, para restituirlas a su dueño, y estiman que se rigen por los artículos 604 y 605.

En realidad, la obligación de cosa incierta siempre lleva la finalidad de transmitir el dominio y no consiente que se le atribuya otro designio: mal puede hablarse de restitución al dueño de una cosa cuyo dueño es el deudor. La confusión proviene de las palabras empleadas, ya que aunque la obligación persiga la restitución del dominio de una cosa, que antes se recibiera, no cuadra hablar de restitución al dueño de la cosa pues el acreedor dejó de serlo, y quien inviste ese carácter es ahora el deudor.

B. *Obligaciones de dar cosas fungibles o de cantidad*

627. NOCIÓN LEGAL.– Son *obligaciones de cantidad* las que versan sobre *cosas fungibles,* entendiéndose por tales aquellas intercambiables entre sí, por lo que es indiferente esta cosa o aquella otra (conf. art. 2324). El Código define a estas obligaciones en el art. 606.

628. SUPRESIÓN DE ESTA CATEGORÍA EN EL DERECHO MODERNO.– En nuestro tiempo ha desaparecido la categoría de las obligaciones de *cantidad,* que quedan subsumidas en la clase más amplia de las obligaciones de *género.*

629. CARACTERES.– Las obligaciones de cantidad se distinguen por dos caracteres salientes: 1) su objeto *no está individualizado* al tiempo de constituirse la obligación, quedando sólo definido por su género y cantidad, por lo que se asemejan a las de género; 2) su objeto es *fungible,* en cuanto puede ser sustituido indiferentemente por otro que sea de la misma especie y calidad. Este último rasgo distintivo, que separa a las obligaciones de cantidad de las de género, propiamente dichas, influye en el modo de determinar la cosa a pagar.

630. INDIVIDUALIZACIÓN DEL OBJETO.– Tratándose de cosas fungibles, ya no es cuestión de *elegir* entre ellas, porque toda discriminación es indiferente y carente de sentido. De ahí que sólo se trata de *determinar* la cosa a pagar, lo que se practicará por las operaciones de contar, pesar o medir lo debido, con intervención del acreedor respectivo (art. 609). Se requiere, según el caso un recuento, pesaje o medición *controlado* por el acreedor, pues no bastaría una declaración *recepticia* del deudor.

631. A QUIÉN CORRESPONDE PRACTICAR LA INDIVIDUALIZACIÓN.– Aunque el art. 609 sólo menciona al acreedor como protagonista del acto de la determinación concreta de la cosa a pagar, la verdad es que se trata de un *acto conjunto o bilateral.* No es posible prescindir del deudor porque es el dueño de las cosas a individualizar, y sería inconcebible la intromisión en el manejo de ellas sin su anuencia. Pero como es un acto debido, cualquiera de las partes interesadas puede compeler a la otra a fin de que coopere en la individualización, so pena de quedar, quien rehúse a hacerlo, constituido en mora.

632. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.– El deber que pesa sobre el deudor de ajustar su conducta al cumplimiento que le exige la virtualidad de la obligación, se cumple, en este caso, *haciendo entrega* al acreedor de las *cantidades debidas* (art. 607).

El *lugar y tiempo* de cumplimiento será el convenido por las partes (conf. arts. 747, 750 y 1197). A falta de convención siquiera *tácita,* el *lugar de ejecución* será el *domicilio* del deudor (conf. art. 747, *in fine*), adonde deberá concurrir el acreedor para recibir las cosas debidas, en el *tiempo* que el juez señale para ese efecto (conf. arts. 618 y 751).

633. QUID DE LA RESTITUCIÓN DE COSAS FUNGIBLES.– En relación con el cumplimiento de la obligación, el art. 608 parece consignar una novedad dándole opción al acreedor de la *restitución* de cosas fungibles, para exigir alternativamente las *cosas* o *su valor*.

En verdad no hay tal cosa. El acreedor de esta clase de obligaciones, como cualquier otro acreedor, puede exigir la ejecución en especie (*supra,* núms. 51 y sigs.), y en su defecto, ya constituido el deudor en mora, puede pretender la obtención de las *indemnizaciones correspondientes* (conf. art. 505, inc. 3º), que le habrán de enjugar el daño *moratorio,* si finalmente el deudor cumple lo debido, o el daño compensatorio cuando la inejecución sea definitiva. La *opción* a que alude el art. 608 carece de sentido, pues, si el deudor está dispuesto a satisfacer las cantidades que adeuda, no puede negarse a recibirlas el acreedor, so pretexto de que se prefiere el valor de ellas.

634. EFECTOS DE ESTA CLASE DE OBLIGACIONES.– Cabe distinguirlos *antes y después* de la individualización de la cosa a pagar.

635. a) ANTES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN.– Aunque en este capítulo el Código no contempla la presente situación, no se duda de la aplicación a ella del art.604 dedicado a las obligaciones de género. Remitimos a lo dicho *supra,* número 621: *genus aut quantitas nuncquam perit.*

636. b) DESPUÉS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN.– Producida la *individualización* de la cosa a pagar, mediante el pertinente recuento, pesaje o medición, practicado legalmente, la obligación de cantidad se *convierte* en obligación de cosa cierta (véase *supra,* núms. 559 y sigs.).

Sin embargo, el codificador ha encarado, en los arts. 610 a 615, distintas consecuencias que la *pérdida o deterioro,* total o parcial, produce en la relación jurídica pendiente entre acreedor y deudor.

637. I) PRIMER SUPUESTO: PÉRDIDA TOTAL NO CULPABLE.– Al respecto juega el art. 578. Siempre se perjudica con la pérdida de la cosa ya individualizada, el deudor que es su dueño: *res perit domino* (*supra,* núms. 573 y sigs.). En cuanto a la obligación, se disuelve sin indemnización, pues no hay responsabilidad del deudor.

638. II) SEGUNDO SUPUESTO: PÉRDIDA PARCIAL O DETERIORO PARCIAL O TOTAL, NO CULPABLE.– Esta hipótesis está contemplada por el art. 611, cuya

solución condice con la del art. 580, y deja, como es lógico por fuerza del *res perit domino,* soportar al deudor el perjuicio económico provocado por la pérdida parcial, o el deterioro total o parcial de la cosa: de ahí que el acreedor pueda optar por disolver la obligación, o bien exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada con disminución del precio.

Sin embargo, cuando la obligación proviene de un mutuo o préstamo de consumo, el art. 614 sienta una pauta distinta, carente de toda justificación, según la cual si sobreviene la pérdida parcial sin culpa del deudor, el acreedor sólo puede exigir la cantidad restante y si ocurre el deterioro parcial sin culpa del deudor, el acreedor debe recibir la parte no deteriorada, con la deteriorada como esté. Es una solución injustificable, pues si la pérdida es *parcial* no se explica que se limite el derecho del acreedor a recibir la cantidad individualizada, puesto que tratándose de una cosa fungible, que nunca perece, siempre debería poderse requerir al deudor que integrase la cantidad faltante con objetos de la misma calidad. Y si las cosas resultan *deterioradas,* en todo o en parte, no se advierte por qué tiene que conformarse el acreedor con su recepción en ese mal estado sin poder pedir que se le devuelvan las cosas fungibles en el mismo buen estado en que él las prestó.

639. III) TERCER SUPUESTO: PÉRDIDA O DETERIORO TOTAL POR CULPA DEL DEUDOR. – Esta hipótesis está contemplada por el art. 610 y la solución que brinda condice con la del art. 579, aunque introduce una variante de importancia. Mientras el art. 576 sólo abre para el acreedor el derecho a la indemnización por todos los daños y perjuicios que la falta de entrega de la cosa le ha provocado (véase *supra,* nº 573), el art. 610 le concede la *opción* de reclamar "otra" cantidad igual a la perdida o deteriorada, en su totalidad, o bien disolver la obligación, siempre con indemnización de daños, en ambos supuestos.

640. HIPÓTESIS DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES.– No varía en lo sustancial la solución expuesta precedentemente, cuando la obligación de cantidad se ha originado en un contrato de *mutuo* o préstamo de consumo (art. 613). Sólo se advierte una pequeña variante, pues en esta hipótesis no juega la disolución de la obligación, que no tendría sentido, ya que no se concibe que el acreedor pueda querer prescindir de su calidad de prestamista, que es a lo que conduciría la disolución de la obligación.

641. IV) CUARTO SUPUESTO: PÉRDIDA O DETERIORO PARCIAL CULPABLE.– Con relación a este caso, sólo cabe decir que la solución expuesta en el art. 612 concuerda con la del art. 581. El acreedor puede exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada y de la correspondiente a la que faltare o estuviere deteriorada, o disolver la obligación; en ambos casos con indemnización de los daños y perjuicios.

642. HIPÓTESIS DE CANTIDADES DETERIORADAS O PERDIDAS PARCIALMENTE.– Cuando la obligación de cantidad se origina en un *mutuo* o préstamo de consumo, los principios expuestos, aunque no varían en lo sustancial, deben ser adaptados a la diversidad que aquel origen impone.

El codificador ha intentado esa adaptación, con poca fortuna conceptual, en el art. 615, que apunta *tres* alternativas posibles. Las dos primeras no merecen observación: entrega de lo restante no deteriorado y de lo correspondiente a lo faltante o deteriorado, con daños y perjuicios; en cambio, la tercera, referente a la *disolución* de la obligación, es lógicamente inconcebible y debe interpretarse que alude al *mantenimiento* de la obligación, mediante la *conversión* de su objeto. Por la opción del acreedor ya no debe el deudor las cantidades impagas, sino el resarcimiento del daño total que la inejecución ha causado al primero.

643. CUÁL ES EL DAÑO RESARCIBLE EN LAS OBLIGACIONES DE CANTIDAD.– Acerca de este tópico corresponde distinguir varias situaciones posibles:

a) Cuando el deudor deja de cumplir la cantidad debida y el acreedor demanda la reparación del perjuicio que ello le causa, por aplicación de los principios generales (*supra,* núms. 256 y sigs.), el obligado sólo responde por el daño *inmediato* a menos que haya actuado con *dolo,* supuesto en el cual la responsabilidad se extiende hasta el daño *mediato* (conf. nuevo art. 521).

El daño inmediato, en las obligaciones de cantidad, consiste en el *valor* de las cantidades impagas, de cuyo valor se ha visto privado el acreedor.

b) Cuando el deudor cumple en *parte* lo debido, se aplican los principios antes expuestos con relación a la cantidad impaga.

c) Cuando el obligado cumple lo debido, aunque *tardíamente*, debe satisfacer el resarcimiento del daño *moratorio* experimentado por el acreedor.

d) Cuando a causa de la inejecución el acreedor ejerce el pacto comisorio implícito autorizado por los arts. 611 y 612, el resarcimiento cubre el daño a su *interés negativo* (véase *supra*, nº 209).

En los casos de obligaciones de cantidad provenientes de un contrato de mutuo o préstamo de consumo, el acreedor logra la satisfacción de su derecho ya por la entrega de cantidades iguales a las adeudadas con indemnización del daño moratorio sufrido, ya por la reparación del daño compensatorio inferido a su *interés positivo* (véase *supra*, nº 209).

644. VALUACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE.– En principio, la valuación del daño inmediato o mediato, moratorio o compensatorio, proveniente de la inejecución o disolución de las obligaciones de cantidad debe efectuarse al tiempo de la sentencia que fija la indemnización, o momento más próximo a esa época que sea posible (*supra*, nº 220).

Sin embargo, cuando entra en la indemnización el "valor" de las cantidades impagas, ese valor debe calcularse en función del *costo de reposición* de esas cosas al tiempo de la mora del deudor, ajustándose la cifra resultante a los términos pecuniarios actuales.

V. OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

645. NOCIÓN E IMPORTANCIA.– Son *obligaciones de dinero* las que desde su origen tienen por objeto la entrega de una *suma de dinero*. El dinero es la *moneda autorizada en ese carácter por el Estado*.

Las obligaciones de dinero tienen enorme importancia. Por lo pronto son de aplicación cotidiana en la vida de las personas y frecuentes en el ámbito mercantil. Por otra parte, el objeto de estas obligaciones es el *dinero*, que si bien no satisface por sí mismo necesidad humana alguna, tiene indirectamente la virtud de satisfacer cualquier necesidad posible.

646. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS OBLIGACIONES DE DINERO.– Las obligaciones de dar sumas de dinero tienen en nuestro Código un régimen particular que no se confunde con el general aplicable a las obligaciones cuyo objeto no es una suma de dinero, lo cual se advierte claramente a través de la denominación del Título III de la Sección Primera del Libro Segundo del Código Civil que dice: *"De los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero"*. Ello muestra con evidencia que las disposiciones de los artículos 519 a 522 no rigen a las obligaciones de dinero, las cuales están sujetas a las normas específicas de los arts. 616 a 624.

64

647. DEUDAS DE DINERO Y DEUDAS DE VALOR.– Modernamente se ha distinguido la *deuda de dinero*, ya definida, de la *deuda de valor*, que se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes, que luego habrá que medir en dinero cuando sobrevenga el *acuerdo* de las partes, o la *sentencia judicial* que liquide la deuda. Luego de practicada esta determinación aquella obligación se convierte en una *deuda de dinero*.

La distinción es fundamental porque la *deuda de dinero* es por sí misma insensible a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, debiendo satisfacerse con la misma cantidad fijada originariamente, salvo previsión contractual en contrario o incidencia de alguna causa que dé lugar a ese resultado (véase *infra*, núms. 655 y sigs.). En cambio, la *deuda de valor* toma en cuenta tales variaciones, porque en ella el objeto debido es una utilidad a que el acreedor tiene derecho, la cual ha de medirse en los términos monetarios que correspondan al momento de la *liquidación* de la deuda.

648. DISCUSIÓN SOBRE LA DISTINCIÓN DE LAS DEUDAS DE DINERO Y DE VALOR.– En los últimos tiempos se ha discutido acerca de la distinción entre las deudas de valor y de dinero, que algunos han llegado a negar. Sin duda, a partir de mediados del año 1975 la estridente inflación que azotó a nuestro país, arruinó a nuestra moneda como medida de valor de todos los bienes y obligó a desconocer el principio nominalista característico de las deudas de dinero (véase *infra*, nº 660). De ahí que los tribunales para salvar la justicia conmutativa en la equivalencia de las prestaciones recíprocas, insertas en los contratos, hayan marginado las disposiciones legales propias de las deudas de dinero, acudiendo, en cambio, a las normas generales para fundar sus decisiones. Se ha desembocado así en soluciones pretorianas que pese a estar justificadas por las exigencias de la coyuntura económica, tienen el grave inconveniente de la inseguridad jurídica que vienen a favorecer.

En suma, la distinción de las obligaciones de valor y de dinero tiene validez científica porque tiene raíz ontológica (Alterini), ya que atiende a la índole del objeto de la obligación, y se refleja en una dualidad de régimen claramente instaurado en el Código Civil. El hecho de que la coyuntura económica haya en cierto momento obligado a marginar algunos aspectos de aquella distinción no resta significado a la distinción misma que está en la entraña misma del sistema legal vigente.

A este respecto, cabe destacar que habiendo recuperado, en principio, nuestra moneda la función económica de medida de valor de todos los bienes que le es propia, en virtud de la sanción de la Ley de Convertibilidad 23.928, corresponde volver al respeto del régimen particular de las deudas de dinero que el Código Civil ha estructurado.

Este nuevo régimen legal tiene la virtud de dar plena vigencia práctica a la distinción científica entre deudas de dinero y deudas de valor, toda vez que el art. 7º —que ha sido mantenido por la ley 25.561 (art. 4º)— sólo alude a las primeras al decir que "el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada", lo que constituye una estricta aplicación del principio nominalista para las obligaciones de dar sumas de dinero.

649. DISTINTOS SUPUESTOS DE DEUDAS DE VALOR.– Han sido conceptuadas como deudas de valor, las siguientes: a) remuneraciones no fijadas cuantitativamente, por trabajos realizados por el acreedor; b) indemnizaciones de daños causados por incumplimiento contractual o por comisión de hechos ilícitos; c) obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa, tales como indemnizaciones por mejoras; d) indemnizaciones por expropiación; e) deudas de medianería; f) obligación por revocación de donación; g) alimentos; h) recompensas en la sociedad conyugal; i) restitución de aportes sociales; j) obligación de colacionar.

Las deudas de alimentos son de índole peculiar. Pese a que la materia de su objeto es el dinero, lo que importa es el destino del mismo que es el amparo del desvalido por el pariente que puede proveer esa protección. De ahí, que aun fijada la pensión alimentaria en una cierta cantidad, siempre es factible reajustar la cifra para adaptarla a las cambiantes necesidades de habitación, subsistencia, indumentaria y asistencia en las enfermedades (conf. art. 372) del pariente acreedor, sin desatender la evolución de los recursos del pariente deudor. Se comporta así la obligación, como una deuda de valor que tiene matices especiales.

650.– NO SE HAN CONSIDERADO OBLIGACIONES DE VALOR sino deudas de dinero, las relativas a seguros o rentas vitalicias, a indemnizaciones tarifadas legalmente y restitución de pagos indebidos satisfechos en dinero, aunque esto último deja margen para la discrepancia.

650 bis.– Sin embargo, el brutal impacto de la inflación ocurrida hasta hace poco ha llevado a que, las pólizas de seguro incluyeran cláusulas de reajuste automático. En cuanto a las indemnizaciones tarifadas, como la de despido, aunque no varíen los módulos para su determinación, al aplicarse dichos módulos sobre la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida (art. 247, ley 20.744, t.o. 1976) y aumentándose dichas retribuciones en forma constante, el resultado era el mismo que en las deu-

das de valor. Por otra parte la indemnización devengada al tiempo del despido, se reajustaba hasta el momento del pago por el índice de precios al consumidor (art. 276, ley 20.744, texto según art. 1º, ley 22.311).

Esta situación ha variado sustancialmente a raíz de la sanción de la ley 23.928, que elimina la indexación a partir del 1/IV/91 y deroga las disposiciones legales y cláusulas contractuales que dispongan lo contrario.

651. EL DINERO: FUNCIONES Y CARACTERES.– El objeto de estas obligaciones es el *dinero*, o sea una cosa valiosa a la cual la autoridad pública le ha atribuido la función de *unidad de medida del valor* de todos los bienes.

652.– Las principales *funciones* del dinero son las siguientes: 1º) es un *instrumento de cambio* que facilita la satisfacción de las necesidades humanas; 2º) es una *medida de valor*, porque actúa como denominador común de los demás bienes; 3º) es un *instrumento de pago*, en cuanto todas las obligaciones son susceptibles de ser solventadas en dinero. A este último respecto es de advertir que el acreedor de una obligación que no tiene por objeto una suma de dinero puede obtener una indemnización pecuniaria satisfactoria de su interés si el deudor no cumple la prestación debida (véase *supra*, nº 77).

653.– El dinero presenta los siguientes *caracteres*: a) es una *cosa* en cuanto "objeto corporal susceptible de tener un valor" (art. 2311); b) es *fungible*, porque cualquier unidad monetaria es intercambiable por otra representativa de igual valor; c) es *consumible*, porque una vez usado en cualquier operación deja de existir para quien lo usa; d) es eminentemente *divisible*, porque puede ser fraccionado indefinidamente, aunque falten los billetes o piezas correspondientes a las fracciones resultantes; e) es una *cantidad*, en cuanto las unidades monetarias carecen de toda nota individual, importando sólo el género a que pertenecen (conf. nota del codificador al art. 616); f) es de *curso legal*, en cuanto su valor nominal está certificado por el Estado en cada pieza, no pudiendo discutir los particulares ese valor; g) es de *curso forzoso*, en cuanto los particulares están obligados a recibir moneda legal, como *medio de pago*.

654. RÉGIMEN LEGAL.– La aplicación del régimen de las obligaciones de género y de cantidad a que se refiere el art. 616 es sólo subsidiaria y queda desplazada por la aplicación en primer término de las reglas especiales contenidas en los arts. 617 a 624. Además, aquellas disposiciones no se aplican en lo relativo a la *elección* o *individualización* de la cosa,

porque las obligaciones de dinero nunca se transforman en obligaciones de dar cosas ciertas.

655. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.– Cuando se trataba de una moneda *extranjera* no era aplicable el régimen peculiar de las obligaciones de dinero, sino las disposiciones relativas a las obligaciones de cantidad (art. 617 antiguo). Es que, en nuestro país, las monedas extranjeras *no eran dinero*, sino simplemente cosas (art. 2311) y más precisamente *cantidades*, por ser cosas indiferenciadas.

655 bis.– El régimen de las obligaciones en moneda extranjera ha variado radicalmente con la sanción de la ley 23.928, que modificó el art. 617 del Código Civil de la siguientes manera: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero".

Esta reforma reconoce a la moneda extranjera el carácter de dinero pero sin que ello implique asignarle curso legal (por ej. quien debe pesos no puede obligar al acreedor a aceptar dólares), ya que esta calidad sólo la tiene el actual peso.

En atención a lo que ahora dispone el art. 617 y de conformidad a las reglas establecidas para las obligaciones de dar sumas de dinero, especialmente el art. 619, el deudor que se ha obligado a pagar en determinada moneda extranjera, sólo puede liberarse entregando esa especie prometida.

Resulta relevante destacar que la ley 25.561 si bien implicó la salida de la convertibilidad, ratificó la modificación introducida por el art. 11 de la ley 23.928 a este precepto y a los arts. 619 y 623, o sea, que todas las obligaciones concertadas en moneda extranjera con posterioridad al cambio de moneda se enmarcan dentro del régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 5º).

656. FUNCIÓN ACCIDENTAL DE LA MONEDA EXTRANJERA.– Muy frecuentemente se utilizó la moneda extranjera como un modo de establecer una cláusula de estabilización de la prestación dineraria (véase *infra*, nº 666). En tal caso, para las partes, la obligación era de moneda argentina, y la referencia a la moneda extranjera sólo era empleada como moneda de cuenta, para fijar en definitiva la cuantía de moneda argentina que debía ser pagada: así, por ejemplo, si se pactaba la venta de un inmueble en dólares, no se trataba de una permuta o trueque de cosa por cosa (conf. art. 1485),

65

sino de una efectiva compra-venta en la cual el *precio cierto en dinero* era susceptible de variación en función de la cotización del dólar.

En la actualidad, esta función de la moneda extranjera como cláusula de ajuste, no es permitida en virtud de lo dispuesto en el art. 7º de la ley 23.928 que veda todo tipo de reajuste o indexación de las obligaciones de dar sumas de dinero. De allí que a partir de la sanción de dicha ley debe entenderse que también quedó derogada virtualmente la ley 21.309. La ley 25.561 mantuvo —en su art. 10— la derogación de todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

La única función de la moneda es como objeto del contrato, tal como se explicó en el número anterior.

656 bis.– En lo que se refiere al contrato de locación, el artículo 1º de la ley 23.091, establece imperativamente que el precio se fijará en moneda de curso legal y declara nula (nulidad parcial) la cláusula que fije el alquiler en moneda extranjera, sin perjuicio de la validez del contrato y de que el precio se fije judicialmente.

Esta prohibición debe entenderse implícitamente derogada, por el juego de los nuevos arts. 617 y 619 del Código Civil, respetados por la ley 25.561.

657. Vía ejecutiva.– Las obligaciones en moneda extranjera pueden ser exigidas judicialmente por la vía del juicio ejecutivo, aunque en tal caso el mandamiento de intimación de pago y embargo se despacha "por el equivalente en moneda nacional, según la cotización del banco oficial que corresponda al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago" (art. 520, Cód. Proc.). Este recaudo ya no puede ser exigido en función de lo que ahora disponen los arts. 617 y 619 del Código Civil (conf. arts. 11, ley 23.928 y 5 de la ley 25.561).

658. Diversas clases de moneda.– Las distintas clases de moneda que se conocen son:

a) La *moneda metálica*, que es la acuñada con metales nobles –oro, plata– de valor aproximado al que ella representa.

b) La *moneda de papel*, que es un billete o documento emitido por el Estado que garantiza al portador el pago de la cantidad de oro o plata a que se refiere.

c) El *papel moneda*, que es un billete emitido por el Estado, sin respaldo metálico e inconvertible. El Estado reconoce el valor que atribuye al billete (curso legal) y lo dota con poder cancelatorio de las deudas de dinero o liquidadas en dinero (curso forzoso), como medio de pago. Es el tipo de dinero que existe en la actualidad, pues tanto la moneda metálica como la moneda de papel están prácticamente abandonadas en todo el mundo.

659. Obligaciones en moneda nacional. Naturaleza de la moneda argentina.– Nuestra moneda entraba en la categoría de *papel moneda*, porque habiendo sido los respectivos billetes inconvertibles, su valor no correspondía a los metales u otros bienes, como divisas extranjeras, que pudiesen respaldar su emisión.

659 bis. Ley de Convertibilidad.– Con la sanción de la ley 23.928 la actual moneda, el peso, era de curso legal pero no tenía curso forzoso, por cuanto era convertible. Estrictamente, el peso revestía el carácter de moneda de papel (ver nº 658, b).

En efecto, según lo dispuesto en el art. 1º, "Declárase la convertibilidad del austral (hoy pesos) con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1º de abril de 1991, a una relación de diez mil australes (hoy un peso) por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley".

Por ello, el art. 2º obligaba al Banco Central a vender las divisas que le fueran requeridas para operaciones de conversión a la relación establecida, debiendo retirar de circulación los australes (hoy pesos) recibidos en cambio.

Este sistema, se complementaba con la exigencia de que "en todo momento, las reservas de libre disponibilidad del Banco Central de la República Argentina en oro y divisas extranjeras, serán equivalentes a por lo menos el ciento por ciento (100%) de la base monetaria" (art. 4º).

La base monetaria en australes (hoy pesos) estaba constituida por la circulación monetaria más los depósitos a la vista de las entidades financieras en el Banco Central de la República Argentina, en cuenta corriente o cuentas especiales (art. 6º).

659 ter. Ley 25.561.– Por imperio de la ley 25.561 el peso ha dejado de ser una moneda convertible conforme lo dispuesto por la ley 23.928.

No existe un tipo de cambio entre el peso y el dólar fijado por la ley, sino por el mercado. Tampoco subsiste la relación con el dólar promediado con el euro, tal como lo disponía la ley 25.445.

660. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DINERO: PRINCIPIO DEL NOMINALISMO.– La opinión de los autores prácticamente unánime, y la jurisprudencia, consideran que en las obligaciones de dinero hay que hacer abstracción de las oscilaciones de valor que experimenta la moneda: un peso vale un peso sin que importe el mayor o menor poder adquisitivo que ahora tenga, lo que habrá de redundar en ventaja o perjuicio de una u otra de las partes.

Es el principio del *nominalismo*, que aprecia la cuantía del objeto de la deuda de dinero por el *valor nominal* de la moneda y no por su *valor intrínseco*; tiene vigencia en todo el mundo y entre nosotros arraigo constitucional (art. 75, inc. 11 de la Constitución Nacional, 1994), pues compete al Congreso "hacer sellar la moneda, *fijar su valor* y el de las extranjeras".

Este principio se había visto reafirmado con el dictado de la ley 23.928, que al modificar los arts. 617 y 619 del Código Civil, impide cualquier tipo de reajuste en las deudas dinerarias.

Ahora bien, esta situación no se ha visto modificada en la actualidad con la sanción de la ley 25.561 ya que, en definitiva, mantuvo la modificación introducida a aquellas normas del Código Civil, así como también el mentado art. 7°, de la ley 23.928 (véase arts. 4° y 5°).

Por ello, debemos advertir que los mecanismos implementados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia –que aparecen desarrollados en los números siguientes– para corregir el agudo proceso de depreciación monetaria acaecida en los últimos años, no tienen actualmente aplicación.

661. CORRECCIÓN DEL PRINCIPIO NOMINALISTA.– El principio nominalista que mantiene constante la cuantía de la deuda de dinero, puede ser corregido convencionalmente si se constituye una *obligación a oro*, o bien cuando se pacta una *cláusula de garantía* o de *estabilidad* de la prestación dineraria. Asimismo, queda rectificado ese principio cuando se admite la *indexación* de la deuda. Nos referiremos a esos tópicos seguidamente.

662. OBLIGACIONES EN DETERMINADA MONEDA NACIONAL. OBLIGACIONES A ORO.– Aunque se haya designado como objeto de la deuda una cierta especie de moneda nacional, siempre el deudor podía pagar con una especie distinta de la misma moneda, lo cual era una consecuencia del curso

forzoso que el legislador había atribuido al dinero, cualquiera sea la clase de éste. Este principio estaba expresado en el art. 619 y era el caso de las *obligaciones a oro*, pues en nuestro país tan moneda nacional es el *peso oro* creado por la ley 1130, como el *peso papel* reconocido por la ley 1734, y relacionado con aquél para su recíproca conversión, por la ley 3871, según la paridad: 1 peso papel = 0,44 pesos oro.

El art. 619 instituía pues, una obligación facultativa.

663.– ¿Cuál era el *tipo de cambio* que condicionaba la opción del deudor contemplada en el mencionado art. 619 ? Era un tópico controvertido:

a) Para una *primera opinión*, ese tipo de cambio era la *paridad legal* que estaba en vigor a la fecha del vencimiento de la deuda, que vendría a ser la establecida por la ley 3871.

b) Para *otra opinión*, que contaba con el auspicio de la doctrina de los autores y la adhesión de la jurisprudencia más reciente, "el cambio corriente en el lugar y día del vencimiento", mentado por el art. 619, era el *valor de cambio*, o la cotización bursátil de una moneda en las cifras relativas a la otra moneda con la cual se la compara. Mientras la Caja de Conversión vendía el oro a razón de 1 peso papel, por 0,44 oro, era exacto sostener que ése era el precio del oro, pero a partir del cierre de aquella Caja el cambio del oro o del peso-oro está constituido por la cantidad de pesos-papel que hay que entregar en el mercado para obtener una moneda de oro que tenga la cantidad de ese metal que entra en un peso-oro argentino según la ley 1130, o sea, 1,6129 gramos de oro de novecientos milésimos de fino. Ese valor es el cambio corriente oro de nuestro actual peso.

664. FECHA DEL CAMBIO.– Para reducir una moneda a la cifra de la otra, había que atenerse al tipo de cambio "que corra en el lugar al día del vencimiento de la obligación" (antiguo art. 619, *in fine*), entendiéndose por tal el día del comienzo de la *mora del deudor*. Es el criterio justo, porque el objeto debido se aprecia en el momento de la exigibilidad de la deuda.

665. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE DINERO: NOCIÓN.– Como en virtud del principio nominalista las deudas de dinero son insensibles a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, a fin de evitar las consecuencias de la *inflación* que deterioraba la consistencia del derecho del acreedor, los particulares imaginaron ciertos correctivos del objeto debido, tendientes a su reajuste en función de distintos factores

para mantener el inicial valor económico de la prestación: son las llamadas *cláusulas de estabilización*, o *cláusulas de seguro*, o de *garantía*. Con estas cláusulas, la deuda de dinero quedaba asimilada a una deuda de valor, con respecto a las partes.

666. DISTINTAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN.– Estas cláusulas solían disponer el reajuste conforme a variados criterios: el valor del *oro*; o de una moneda extranjera reputada estable, como el *dólar*; o según el precio de ciertos productos básicos, como el *carbón*, el *trigo* o el *hierro*; o en función del *nivel general de precios* que reflejaban las estadísticas oficiales y que indicaban aproximadamente la variación del *costo de la vida*.

Estas cláusulas perseguían el mantenimiento de la ecuación económica inicial, existente entre las partes, y procuraban que el acreedor recibiese y el deudor entregase un *valor real y no nominal*, que fuera equivalente al originario.

667. LEGITIMIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN.– La opinión prácticamente unánime de los autores llegaba a la conclusión de que las cláusulas de ese tipo, cualquiera sea su especie eran *válidas*. No puede sostenerse que esas convenciones tengan una *causa ilícita* porque no se busca con ellas provocar el deterioro de la moneda legal, sino preservarse de las nocivas derivaciones patrimoniales de una depreciación monetaria que las partes no han querido y a la que ellas son ajenas. De ahí que era legítimo el empleo de un arbitrio no prohibido por la ley, tendiente a asegurar la equivalencia efectiva y no meramente nominal de las prestaciones recíprocas. Con ello, las cláusulas de estabilización propugnaban el *resguardo de la justicia conmutativa* que es el valor eminente del orden jurídico contractual.

El art. 7º de la ley 23.928 ha prohibido todo tipo de actualización monetaria. Esta prohibición ha sido mantenida por la ley 25.561.

668. INDEXACIÓN DE LAS DEUDAS DE DINERO.– Ante el continuo desgaste que la inflación provocaba en los créditos de dinero se había planteado la cuestión relativa a su revalorización mediante una corrección de la cifra respectiva, a fin de mantener el mismo valor intrínseco inicial. Así, ocurrida en un año una inflación de 600% se trataba de saber si el ordenamiento jurídico proveía un arbitrio que permitiera sustituir el importe de una deuda de $ 1.000 por otro de $ 600, monto que se estimaba al cabo de ese año de un valor intrínseco semejante al originario.

669. NOCIÓN DE INDEXACIÓN.– Se denomina así la *revaluación de la deuda de dinero en función de los índices oficiales*. Estos índices al medir las oscilaciones del costo de la vida o de precios al consumidor, de los precios mayoristas, del valor de la construcción, etcétera, dan una pauta indirecta acerca de las variaciones experimentadas por la moneda en su poder adquisitivo.

669 bis.– Salvo expresa prohibición legal (por ej. el art. 3º de la ley 23.091, que no permitía reajustar los alquileres por otros índices que los oficiales), nada obstaba a que los particulares pactaran la aplicación de un índice emitido por una institución privada por ejemplo, el índice del costo de la construcción que publica la Cámara Argentina de la Construcción.

670. CUÁNDO PROCEDÍA LA INDEXACIÓN DE LA DEUDA DE DINERO.– Hasta la sanción de la Ley de Convertibilidad era dable apreciar que procedía la indexación de la deuda de dinero:

a) Por lo pronto, era admisible la indexación cuando jugaba una cláusula contractual de estabilización de la prestación monetaria, que incidía en la cantidad a pagar en función del "standard" o pauta que han adoptado los contratantes. Así, cuando en una locación se convenía ajustar el alquiler con arreglo al índice de precios mayoristas, si éstos experimentaban en cierto lapso un aumento del 20%, correspondía incrementar la deuda de dinero referente al alquiler en esa proporción.

b) En segundo lugar procedía la indexación de la deuda de dinero si así lo había dispuesto el legislador en hipótesis particulares, como ocurría en materia de créditos laborales (art. 276 de la Ley de Contrato de Trabajo), de impuestos atrasados, del cobro de los acreedores en la quiebra o concurso civil (art. 1º, inc. a] de la ley 21.488), de créditos del Banco Hipotecario Nacional (ley 21.732), etcétera.

c) También se había conceptuado que correspondía la indexación de la deuda de dinero, cuando el deudor practicaba el incumplimiento *con dolo* es decir si pudiendo pagar, por tener fondos para ello, no quería hacerlo para obtener un lucro mayor en otra inversión de su conveniencia: he ahí un incumplimiento deliberado o intencional, que es lo que identifica el dolo en la inejecución de la obligación o *dolo obligacional* (Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, nº 147) que no se confunde con el *dolo delictual* (Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. III, nº 2279).

El dolo obligacional no está contemplado en la regulación de la obligación de dar sumas de dinero, que sólo trata del común deudor moroso en el art. 622: he ahí una laguna de la ley que el intérprete debió colmar mediante la elaboración científica de la norma apropiada a esa situación. Es lo que se consigue aplicando por analogía la norma represiva del dolo obligacional contenida en el nuevo art. 521, que obliga a indemnizar *todos* los perjuicios que fueren hasta la consecuencia mediata de la inejecución dolosa. Realmente sería absurdo que ese dolo fuese contemplado en el marco general de los daños y perjuicios para incrementar la reparación, y que se prescindiera de él en el campo de las obligaciones de dinero. El intérprete, al tomar conciencia de esa laguna legal, tiene que proveer a su remedio, mediante el recurso que le otorga el principio de analogía (conf. art. 16), el cual constituye un medio normal de integración del derecho (véase Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. I, nº 126). Por esa vía es posible proyectar sobre la situación del deudor doloso de una obligación de dinero, la norma resarcitoria del art. 521, que si bien rige directamente a las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero, fuera de ello brinda una pauta segura para colmar la aludida laguna legal. Por tanto, es menester concluir que también en el sector de las obligaciones de dinero se impone sentar la responsabilidad del deudor hasta una cierta medida por efecto de los intereses que se cargan a cualquier deudor moroso y más allá hasta cubrir el daño sumplementario resultante de la depreciación monetaria, en virtud de lo dispuesto por el art. 521, *por razón de su dolo*.

d) Una jurisprudencia pretoriana, iniciada por la Corte Suprema y seguida por los demás tribunales del país, se había pronunciado por la indexación de las deudas de dinero toda vez que el *deudor estuviera en mora*. Según este criterio, mientras el deudor de dinero no caiga en mora, su deuda debía mantenerse en la cifra inicial, por intensa que haya sido la inflación ocurrida con posterioridad a la constitución de la deuda; pero luego de la mora el obligado debía indemnizar el perjuicio que sufría el acreedor por la depreciación monetaria sobrevenida desde entonces.

Este temperamento que vincula la indexación de la deuda con la simple mora del deudor, no podía ser aprobado. Por lo pronto, porque resultaba claramente *contra legem* al atribuir a la mora del obligado una consecuencia que el sistema legal rechazaba, ya que dicha mora sólo era sancionada con la imposición de intereses moratorios (véase *infra*, nº 676), no debiendo olvidarse que como manifiesta Vélez en la nota al art. 622, "el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde

a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso". Pero, además, si se basa la indexación en la mora del deudor, con ello se afirma el derecho del deudor no moroso a no soportar tal indexación, pese a que puede corresponder en virtud de otros principios jurídicos extraños a la índole de la obligación sea ésta de dinero o de valor.

En nuestra opinión, la mora del deudor era un elemento indiferente para determinar la indexación de la deuda de dinero, a cuyo resultado cuadraba llegar en virtud de los principios jurídicos ya mencionados *supra*, a), b) y c), y de los que indicaremos en los siguientes apartados e) y f).

e) La *teoría de la imprevisión* justifica la indexación de la deuda de dinero, con respecto a los tramos de ella que sobrevienen a un salto inesperado en la depreciación monetaria, como un resultado súbito de ciertos actos del poder público –por ejemplo, los ocurridos a mediados de 1975 en nuestro país, conocidos vulgarmente como "rodrigazo"– que trastornan la ecuación económica del contrato. Empero, cuando se corrige la cifra de la deuda de dinero por la virtualidad de la teoría de la imprevisión, no se trata de proceder *a novo* a fijar las prestaciones de las partes –lo que significaría sustituir el consentimiento de éstas por el dictado autoritario del juez–, con total prescindencia de lo prevenido en el contrato inicial, sino sólo de expurgar a ese convenio de la "flagrante injusticia" que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle. Lo que significa que el interés del contratante antes desmesuradamente beneficiado, que se sustentaba en un contrato válido y eficaz, deberá ser especialmente contemplado, y a su vez la situación de la otra parte no podrá dejar de ser desventajosa, pues la teoría de la imprevisión no es un dispositivo jurídico que le permite a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia.

En definitiva, la teoría de la imprevisión proyecta su influencia sobre toda clase de obligaciones, incluso las que tienen por objeto sumas de dinero. Por esa vía es dable llegar a la indexación de las futuras prestaciones de dinero cuando concurren los requisitos que condicionan la aplicabilidad de dicha teoría, la cual, sin embargo, no constituye un remedio adecuado para alterar la cuantía de las prestaciones devengadas con anterioridad al hecho configurativo de la teoría de la imprevisión porque ésta carece de virtualidad con respecto "a los efectos ya cumplidos" (art. 1198). No obstante, es posible arribar a esa indexación cuando la pretensión del deudor de estar a la nominalidad de la deuda constituye un abuso de derecho.

64

f) Nos parece que el argumento más fuerte para corregir la cuantía de una deuda de dinero corroída por la inflación radica en ese principio jurídico señero que veda el *abuso de derecho*. No se discute que el deudor de dinero conforme al principio nominalista, goza del *jus solvendi* de satisfacer la cantidad adecuada. Pero tampoco es discutible que si ha sobrevenido una intensa depreciación monetaria, constituye un abuso de su derecho de pagar intentar su liberación mediante la entrega de un valor real que ahora resulta irrisorio y sin comparación con el valor inicial de la deuda. El intento del deudor de atenerse a la cuantía inalterada de la prestación debida constituye un abuso de derecho, en cuanto ello "excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (art. 1071 *in fine*). Por tanto, ante la instancia del acreedor, corresponde practicar la indexación del crédito, a fin de restituirle a éste un valor intrínseco semejante al que tenía con anterioridad a la intensa depreciación monetaria que sobrevino.

Esta conclusión ha sido aplicada frecuentemente por los tribunales en casos de compraventa de inmuebles cuyo precio se había convertido en irrisorio como consecuencia de la galopante inflación ocurrida, la cual, de mantenerse el precio originario, transformaba a la venta en una donación. De ahí la necesidad de proveer a la indexación del precio, a fin de salvar el carácter oneroso del contrato, para lo cual es indiferente que el deudor no haya caído en mora, o que a su vez el vendedor fuese moroso con respecto a sus propias obligaciones correlativas, porque nada de esto puede cohonestar el abuso de derecho de un comprador que quiere prevalerse de una cierta coyuntura económica para obtener un bien sin sacrificio de su parte, que es lo que el Derecho no puede tolerar.

Pensamos que ante un rebrote inflacionario o una devaluación súbita monetaria estos principios serían plenamente aplicables.

671. QUID DE LA INDEXACIÓN DE OFICIO.– Se discutió si los tribunales podían practicar de oficio la indexación de una deuda de dinero, naturalmente cuando se persuadían de la extrema pérdida que había padecido el crédito en su real consistencia. Era una cuestión que se ha planteado, cuando, por un lado, el comprador de inmueble que no había incurrido en mora se aferraba al intento de pagar las cuotas de precio que iban venciendo, en los términos pactados, y a su vez el vendedor, que a veces estaba en mora con respecto a la entrega de la posesión y otras obligaciones a su cargo, alegaba la grave coyuntura económica para resolver el contrato. Cuando esto último era denegado, por razón de la mora del vendedor (arg. art. 1198, párrafo 4º) ¿podía el tribunal pronunciarse por el mantenimiento del contrato, pero incrementando el precio a pagar, lo que ningún litigante pidió?

La Corte Suprema había revocado, como contrarias a la garantía de la defensa en juicio, algunas sentencias que practicaron de oficio la indexación de las pendientes deudas de dinero, lo que merece aprobación por haberse afectado el principio procesal de congruencia que indica la necesaria correspondencia entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal. Pero no hay objeción alguna para que aun pedida eventualmente la indexación del precio sobre la base de cierto argumento que se estima inadecuado, se la admita en razón del abuso de derecho que implica el intento del comprador de atenerse a la cifra originariamente convenida. Así, cuando el vendedor alegaba la teoría de la imprevisión para resolver la venta o eventualmente concretar la operación con mejora del precio para lo cual se consideraba autorizado por el art. 1198 *in fine*, era dable concluir que la teoría de la imprevisión no era aplicable al caso pero que sin embargo era procedente la mejora del precio, por la vía de la indexación de la deuda, por constituir un abuso de derecho del comprador el intento de consumar la compra sin sacrificio significativo de su parte y convirtiendo la compra en una práctica donación. Aunque el vendedor no haya fundado su pretensión a la mejora del precio en el abuso de derecho practicado por el comprador, el tribunal puede admitir el pedido sobre esta base, pues le incumbe proveer el derecho –*jura curia novit*– con independencia de los argumentos empleados por los litigantes. Lo que no puede hacer el tribunal, es introducir de oficio la cuestión de la indexación de la deuda de dinero, si ella es ajena a lo que se debate en el pleito.

Esta distinción entre la pretensión articulada en el juicio –en el caso el incremento de la cifra de la deuda de dinero– y el fundamento jurídico que se haya alegado para alcanzar ese resultado, es la que justifica la jurisprudencia de la Corte, antes aludida, referente a la improcedencia de la indexación de oficio de las deudas pecuniarias. Naturalmente, no hay actuación de oficio del tribunal cuando éste admite el pedido del acreedor en ese sentido, pero por motivos jurídicos no aducidos por el interesado.

672. TIEMPO DEL PAGO.– En principio, este asunto se rige por la convención de las partes. Si éstas nada hubiesen dispuesto sobre el día en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo (art. 618). Esta directiva resulta reiterada en los arts. 750 y 751, con respecto al pago de cualquier clase de obligaciones.

673. LUGAR DE PAGO.– El sistema legal sentado en el art. 618 (2ª y 3ª partes), entendido literalmente, instituye una triple directiva en el siguien-

te orden de prelación: 1º) lugar de pago designado convencionalmente, 2º) lugar de contracción de la obligación; 3º) subsidiariamente, el lugar del domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación. Esta comprensión es lógicamente inconcebible, porque como todas las obligaciones se contraen o constituyen en algún lugar, no deja margen de aplicabilidad para el tercer criterio. Esto impone la necesidad de elaborar una interpretación apropiada del artículo en cuestión.

674.– Las posiciones doctrinarias, a este respecto, han sido varias:

I) Segovia considera que el *lugar de contracción* de la obligación es por regla general también el lugar de pago; sólo las obligaciones legales escapan a esa directiva para atenerse al *domicilio del deudor*.

II) Machado entiende que el *lugar de constitución* de la obligación establece el lugar de pago, si se lo conoce. Pero si no consta ese lugar hay que estar al domicilio del deudor: sería una simple cuestión de prueba.

III) Salvat amalgama las dos interpretaciones anteriores: las obligaciones de dinero contraídas contractualmente deben pagarse en el lugar en que se contrató; las originadas en un hecho ilícito o en cualquier disposición legal, como también las contractuales, cuando fallara la prueba relativa al lugar de celebración, deben satisfacerse en el domicilio del deudor.

IV) Según Llerena, el lugar de pago genérico es el domicilio del deudor. El lugar donde se contrajo la obligación sólo funciona en casos especiales, que son los siguientes: 1º) cuando allí se domicilia el deudor (art. 1212); 2º) si se trata de pago de precio de cosa cierta comprada al contado (art. 747); 3º) cuando la naturaleza de la obligación indica ese lugar (art. 1212); 4º) cuando el deudor no tiene domicilio conocido en la República.

675. NUESTRA OPINIÓN: LA REGLA GENERAL ES EL DOMICILIO DEL DEUDOR.– No cabe duda que la última parte del art. 618 tiene una vigencia *residual*, es decir, se extiende a toda hipótesis para la cual la ley no haya dispuesto de otro modo (arg. "en cualquier otro caso"). Siendo ello así, es evidente que el Código ha instituido como *regla general* que el lugar de pago de las obligaciones de dar sumas de dinero es el *domicilio del deudor* al tiempo del vencimiento de la obligación. Este principio, que condice con lo establecido en el art. 747, parte final, tiene las siguientes *excepciones*:

a) Las obligaciones que por *convención* de las partes deben pagarse en un *lugar determinado*.

b) Las obligaciones de pagar *cosas compradas al contado*, que deben satisfacerse "en el lugar de la tradición de la cosa" (art. 749).

c) Cuando el *contrato* que origina la obligación se *celebra en el domicilio* del deudor, el lugar de pago queda fijado allí, no como domicilio sino como *lugar de contracción* de la obligación. Esta es la hipótesis contemplada en el art. 618, segunda parte, que debe ser relacionado con el art. 1212 para aprehender plenamente el significado de aquel precepto, en el cual su disposición está implícitamente subordinada a la frase "si fuere el domicilio del deudor", contenida en el art. 1212.

676. INCUMPLIMIENTO: INTERESES, ESPECIES.– Producido el incumplimiento material de la obligación y constituido en mora el deudor, el acreedor puede pretender el cobro de la suma debida con sus *intereses* (art. 622).

Los intereses son los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero, en razón de su importe y del tiempo transcurrido, *prorrata temporis*. No brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuadamente a través del tiempo.

677.– Hay distintas especies de intereses:

a) Según el *origen de su institución*, se distinguen los intereses *convencionales* de los *legales*: los primeros provienen del *pacto* de las partes, los segundos derivan de la *previsión legal* que determina cierta tasa de interés o faculta a los jueces para imponerla en *ausencia* de otra disposición concreta, contractual o legal.

b) Según la *función económica* que desempeñan, los intereses se clasifican en *moratorios y compensatorios o retributivos*. Los intereses *moratorios* se adeudan en razón de la privación al dueño de un capital que el deudor no tiene derecho a retener para sí: constituyen, por su naturaleza, una *sanción resarcitoria*. Los intereses *compensatorios o retributivos*, son la contraprestación del uso de un capital ajeno, una suerte de precio de ese uso.

678. RÉGIMEN DE INTERESES COMPENSATORIOS. PACTO DE INTERESES.– *En principio*, las obligaciones de dinero no llevan intereses compensatorios. En ese sentido ha de interpretarse al art. 621, que dice que las obligaciones "pueden" llevar intereses, en conexión con el art. 2248, que a falta de convención expresa sobre los intereses, presume que el mutuo es gratuito.

El principio de la ausencia de intereses compensatorios *no es absoluto*. Por excepción, corren intereses de esta clase: a) cuando media pacto de intereses; b) cuando la ley los establece en situaciones especiales.

68

679. a) PACTO DE INTERESES.– El pacto de intereses está autorizado por el art. 621. En la actualidad no se duda sobre su legitimidad: es justo el pacto en sí mismo, porque define la cuantía de una prestación que corresponde al uso de un capital, es decir, es el *precio* de ese uso. Adicionalmente, el interés cubre el *riesgo* de la insolvencia del deudor o de la depreciación monetaria cuando el acreedor incrementa el tipo corriente de interés en cierta proporción a título de seguro contra la insolvencia del deudor o la depreciación de dinero. Lo que puede ser ilegítimo es la *tasa* del interés pactado cuando por su elevado monto *ofende la moral y buenas costumbres*, supuesto en el cual el pacto se anula parcialmente por usurario (ver *infra*, nº 690).

680. b) INTERESES GENERALES.– En ciertas situaciones especiales la ley impone al deudor el pago de intereses, al margen de toda convención: son los *intereses compensatorios legales*. Se instituyen por razones de equidad, en función del uso de dineros ajenos. Así ocurre en los supuestos del crédito por adelanto de fondos hecho por el tutor (art. 466), mandatario (art. 1950), gestor de negocios (art. 2298), fiador (art. 2030).

681. RÉGIMEN DE LOS INTERESES MORATORIOS.– La disposición capital referente a los intereses de esta clase está contenida en el art. 622, que establece que el deudor moroso debe los intereses convenidos desde el vencimiento de la obligación; a falta de ellos los legales y en defecto de estos últimos los que el juez fije. Esta disposición suscita diversas cuestiones, que pasamos a estudiar.

682. A) CRÉDITOS QUE DEVENGAN INTERESES MORATORIOS: CUESTIÓN DE LIQUIDEZ.– Son los créditos de *dinero*, y también las *obligaciones de valor*, que, finalmente, se satisfacen en *dinero*.

La *iliquidez* de la deuda no es un impedimento para el curso de los intereses moratorios. Lo que importa es la *certeza* de la *obligación*, es decir, el conocimiento que el deudor tenga o deba tener de la existencia y legitimidad de dicha obligación. Una deuda *cierta, aunque ilíquida*, impone al deudor constituido en mora el pago adicional de los intereses moratorios correspondientes, porque está privando al acreedor del goce de su capital.

Aunque el crédito origine intereses moratorios, *deben ser pedidos* por el acreedor para que incrementen la condena. El juez no puede concederlos, de oficio, si no hay instancia del acreedor.

683. B) TASA DE LOS INTERESES MORATORIOS.– a) Si los intereses se originan en la *convención* de las partes han de liquidarse conforme a la *tasa pactada*, siempre que no sea usuraria (ver *infra*, nº 690).

b) Cuando no hay convención al respecto, el deudor moroso "debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiese fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar" (art. 622). En materia civil, los tribunales liquidaban los intereses con arreglo a la tasa que cobra el Banco de la Nación o en su caso los bancos oficiales provinciales en sus operaciones ordinarias de descuento.

A este respecto, el art. 10 del decreto 941/91, reglamentario de la ley 23.928, determina que "el Banco Central de la República Argentina deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines previstos en el artículo 622 del Código Civil".

En sendos fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que la aludida tasa pasiva es de aplicación obligatoria por los jueces (ver *E.D.*, 146-337 y *E.D.*, 148-391).

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que dicha tasa queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales en tanto su normas no imponen una variación reglamentaria única en el ámbito de la cuestión (*E.D.*, 166-652, sum. 980).

c) Puede ocurrir que las partes hayan convenido el *interés compensatorio*, sin estipular nada sobre el *interés moratorio*. En tal caso, el acreedor puede *optar*, luego de la *constitución en mora* del deudor, por atenerse al interés pactado, aunque ahora como *moratorio*, o bien prescindir de la convención ateniéndose a los *intereses legales* correspondientes.

684. C) CURSO DE LOS INTERESES MORATORIOS.– Los intereses moratorios se originan en la *mora* del deudor, y por tanto sólo corren *desde ese momento*, sin que haya que distinguir entre los intereses convencionales o legales. Acá, lo que está en juego es la *sanción* que el retardo del deudor merece: de ahí que no puedan disociarse la conducta sancionada y la sanción aplicable a ella.

685. D) MODO DE CONSTITUCIÓN EN MORA.– En el sistema del Código de Vélez las obligaciones de sumas de dinero se regían por los principios

generales relativos a la constitución en mora del deudor; salvo los supuestos de excepción del art. 509, incs. 1º y 2º, y los demás, impuestos por la ley o admitidos por la doctrina, no había mora del deudor sin interpelación del acreedor. Ésta era la solución aceptada por la jurisprudencia; la doctrina estaba dividida, pues algunos autores sostenían que ya en el sistema de Vélez la mora del deudor en las obligaciones de dinero se producía por el solo vencimiento del plazo para el pago.

Luego de la vigencia de la ley 17.711 la *uniformidad* del modo de constitución en mora se ha acentuado: las obligaciones de sumas de dinero siguen sujetas a lo dispuesto en el art. 509 reformado que es comprensivo de toda clase de obligaciones, sean o no dinerarias.

686. E) LOS INTERESES MORATORIOS COMO LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.– Según la doctrina clásica francesa, en esta clase de obligaciones la responsabilidad del deudor está *limitada a los intereses moratorios*, sin que el acreedor pueda pretender el resarcimiento adicional de algún daño que no quede cubierto con el importe de esos intereses.

En nuestro Código –que se enrola en la tendencia francesa–, como *principio general*, los intereses moratorios agotan la responsabilidad del deudor, no pudiendo el acreedor pretender el resarcimiento del daño adicional que hubiere sufrido, salvo los *casos de excepción* a que nos referiremos seguidamente.

687. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MAYOR.– El principio que limita la responsabilidad del deudor a la deuda de los intereses moratorios *no es absoluto*. Presenta varias excepciones: a) cuando media *convención* que autoriza el resarcimiento del daño mayor que no queda cubierto con los intereses; b) cuando la *ley* lo decide así, en casos concretos determinados (arts. 1722 y 2030); c) cuando el deudor actúa con *dolo* en la inejecución de la obligación, o sea cuando deliberadamente deja de satisfacerla pudiendo hacerlo (véase *supra*, nº 670, c).

688. INCREMENTO DE INTERESES POR INCONDUCTA PROCESAL MALICIOSA.– Con el agregado que la ley 17.711 introduce al art. 622, se establecen sanciones "para el caso de inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero". En esa hipótesis los jueces podrán fijar intereses sancionatorios que alcancen en conjunto hasta dos veces y

media la tasa de los bancos oficiales en descuentos ordinarios, lo que hoy permite aplicar en el orden nacional una tasa muy elevada.

La sanción tiene un doble carácter: es represiva en cuanto sanciona la conducta maliciosa del deudor y es resarcitoria en cuanto compensa al acreedor los perjuicios que esa conducta le causa.

Como el agregado hecho al art. 622 es subsidiario de las faltantes normas procesales, en la jurisdicción respectiva, en la Capital Federal, queda desplazado por el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en igual situación autoriza la condena de multa valuada "entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia" o cuando "no fuere susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de $ 50.000" (texto según ley 25.488).

689. F) ACUMULACIÓN DE INTERESES COMPENSATORIOS Y MORATORIOS.– En principio no hay inconveniente para proceder a esa acumulación, porque los intereses de una y otra clase responden a causas distintas, que son el *precio* del uso del capital y la *sanción* por la mora en la restitución. De ahí que pueda pretender el acreedor la retribución del uso de su capital y el resarcimiento del daño causado por la no devolución del capital en tiempo propio.

690. USURA: NOCIÓN DE INTERESES USURARIOS.– Se estiman usurarios los intereses que por su elevado monto en comparación con el capital que los produce ofenden a la moral y buenas costumbres.

Este concepto se aplica tanto a los intereses *compensatorios* cuanto a los *moratorios*. La acumulación de unos y otros, cuando corresponde, puede hacer que la cifra resulte exorbitante, en cuyo caso sólo es aceptable la acumulación de intereses que, en conjunto, no resulten usurarios.

691. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO USURARIO.– El vicio que inficiona el contrato usurario es la *lesión enorme* que padece el deudor de los intereses excesivos.

692. TASA DE LOS INTERESES USURARIOS.– Como no existe una tasa legal que fije la cuantía de los intereses, y que indirectamente determine cuál es la cuota que puede reputarse *excesiva o usuraria*, esta calificación ha variado según el criterio de los tribunales, en función de las circunstan-

cias prevalecientes en los distintos períodos de tiempo, especialmente el ritmo de la inflación.

693. NULIDAD PARCIAL DE LOS INTERESES EXCESIVOS.– Por su contradicción con el orden moral, el pacto que estipula intereses exorbitantes es nulo (conf. art. 953). Actualmente la jurisprudencia entiende que se trata de una *nulidad parcial*: los jueces no invalidan el *pacto* de intereses, en sí mismo, como causa de deber, sino la cuantía de los *intereses*, en cuanto tienen de exorbitantes, *reduciéndolos* a términos equitativos.

694. CARÁCTER DE LA NULIDAD Y SUS CONSECUENCIAS.– La sanción que afecta a los intereses excesivos, en la medida del exceso, es una *nulidad relativa*, porque la invalidez se instituye en protección del deudor, que resultaría menoscabado injustamente si se dejase funcionar al contrato usurario en la plenitud de su virtualidad a favor del acreedor. De ello derivan las siguientes *consecuencias*:

a) La invalidez del *exceso de intereses no puede ser declarada de oficio por el juez*, sino a pedido de parte legítima (art. 1048).

b) No *pueden repetirse* los intereses ya pagados, porque el pago si no se hace salvedad confirma tácitamente la validez del acto (art. 1063).

c) No *son compensables*, por vía de imputación de pago, los intereses excesivos ya pagados con la deuda del capital que los produce.

d) La acción de repetición de los intereses usurarios, pagados con *protesta*, es *prescriptible*.

695. ANATOCISMO: NOCIÓN.– Es la capitalización de los intereses, o interés compuesto, de modo que agregándose tales intereses al capital originario pasan a redituar nuevos intereses.

696. PROHIBICIÓN LEGAL DEL ANATOCISMO, PRINCIPIO Y FUNDAMENTO.– En nuestro derecho estaba prohibida la capitalización de los intereses futuros, todavía no devengados (antiguo art. 623).

Su *fundamento* radicaba en la presunción legal de que un negocio tan ruinoso para el deudor revelaba su apremiante estado de necesidad, o su ignorancia supina acerca del alcance de un compromiso susceptible de conducirlo a la ruina, por la acumulación de los réditos.

El principio sentado por el art. 623 era de *orden público*. La cláusula que contenía este tipo de pactos era *nula de nulidad absoluta*. Sin embargo, se trataba de una *nulidad parcial* de la obligación *accesoria* de pagar los intereses capitalizados, que dejaba intacta la validez de la obligación principal.

697. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL ANATOCISMO.– El principio que vedaba la capitalización de los intereses para hacerles rendir nuevos intereses, no era absoluto. Tenía las siguientes excepciones:

a) *Convención posterior*.– La prohibición del anatocismo sólo se refería a los intereses futuros, pero no estaba impedido convenir la capitalización de intereses ya vencidos, como lo establecía el art. 623, primera parte. La exigencia de "posterioridad" de la convención, mentada por el precepto, se refería al devengamiento de los intereses capitalizables. No sería válido un pacto de capitalización que fuese *posterior* a la constitución de la obligación pero *anterior* a la producción de los intereses que se quieran capitalizar.

Es interesante estudiar esta cuestión en aquellas operaciones en las cuales *ab-initio* se han contabilizado los intereses a devengarse para incorporarlos al monto de la deuda (por ej. en las ventas por cuotas mensuales), y se incluye una cláusula que sanciona la mora del deudor con un interés punitorio sobre cada cuota cuyo pago se demore.

La opinión general consideraba que en el caso no había transgresión del art. 623. En efecto, en ese supuesto, los intereses punitorios corresponden a la mora relativa a una deuda de capital de vencimiento periódico, no interesando ya cuál fue el origen de la composición de ese capital inicial, que en su cifra global cuenta con el respaldo de la voluntad de los contratantes. Si el deudor se atrasa en el pago puntual de esas cuotas, la cláusula que sanciona su mora con el pago de intereses punitorios sobre las cuotas atrasadas, no peca de anatocismo.

b) *Condena judicial*.– El anatocismo quedaba autorizado cuando se originaba en la *sentencia judicial* que mandaba pagar intereses, si el deudor era *moroso* a ese respecto (art. 623, parte final).

c) *Anatocismo comercial*.– En materia comercial se admite con relativa facilidad la capitalización de los intereses impagos: 1) en la cuenta corriente bancaria (art. 795, Cód. Com.); 2) en la cuenta corriente mercantil, no bancaria (art. 788, Cód. Com.); 3) el art. 569 del Cód. Com. permite

capitalizar intereses vencidos, desde la fecha de la demanda judicial, con tal que los intereses adeudados abarquen un período mínimo de un año.

d) *Leyes especiales.*– Autorizan el anatocismo el art. 42 del decreto-ley 13.128/57, referente al Banco Hipotecario Nacional, y el art. 4º de la ley 15.775 de jubilaciones bancarias.

697 bis. NUEVO ARTÍCULO 623.– La ley 23.928 modificó el art. 623 de la siguiente manera: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza".

Con esta nueva redacción, la regla que prohibía el anatocismo ha quedado expresamente derogada, con lo cual nuestro Código se pone a tono con la realidad de las transacciones tanto civiles como comerciales, que en la práctica, mediante diversos artificios incluían el anatocismo.

698. EXTINCIÓN DE INTERESES: DISTINTOS MODOS.– Los intereses constituyen una *obligación accesoria*. En cuanto son una *obligación*, se extinguen por el pago, que de ellos se haga, y por los demás *medios de extinción* enunciados en el art. 724. En cuanto *accesorios* que son de la obligación principal, se extinguen por vía de consecuencia luego de extinguirse aquella obligación principal (conf. art. 525).

699. RECIBO DE PAGO TOTAL.– El art. 624 sienta una *presunción* de extinción de los intereses que se adeudaban, en base al silencio del acreedor que recibe el capital sin formular reserva alguna.

Para la mayoría de los autores se trata de una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario.

Otra opinión de escaso apoyo doctrinario, pero favorecida por la *jurisprudencia*, considera que la presunción es *juris tantum*: hay que admitir la extinción de los intereses en esas condiciones, mientras el acreedor no pruebe que nunca le fueron pagados y que no ha estado en su ánimo liberar de esa deuda al deudor.

700. PAGO PARCIAL.– Se han formulado opiniones dispares acerca de la influencia que ejerce el pago *parcial* del capital sobre los intereses devengados hasta el momento.

a) Para una *primera tendencia* el pago parcial sería tan cancelatorio de los intereses como el pago de todo el capital, en razón de que ningún acreedor aceptaría imputar lo recibido a cuenta del capital si estuvieran pendientes los intereses (arg. arts. 776 y 777).

b) Para una *segunda tendencia* el pago parcial del capital únicamente es cancelatorio de los intereses correspondientes a la porción del capital que se ha pagado.

c) Para una *tercera tendencia*, el pago parcial no tendría efecto sobre los intereses devengados hasta entonces pues sólo plantearía una cuestión de imputación de pago, decidida por el deudor que habría preferido imputar al capital la cantidad recibida por el acreedor.

d) Nos inclinamos por la primera tendencia, con la diferencia de que el pago parcial a cuenta de capital induce *presuntivamente* la cancelación de *todos* los intereses de la deuda.

VI. OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

701. NOCIÓN.– El *objeto* de las obligaciones de *hacer* o de *no hacer* consiste en una *actividad* (o inactividad) del deudor que debe ajustar su conducta a los términos de la obligación. Es decir que estas obligaciones se caracterizan por el *compromiso de una energía de trabajo*, sea física o moral, del deudor a favor del acreedor, y que según el art. 625 se concreta en un *hecho* o *servicio* .

702. QUID DE LAS OBLIGACIONES COMPLEJAS O MIXTAS.– Según algunos autores, la oposición de las obligaciones de dar y de hacer (o de no hacer), no sería irreductible, pues podría concebirse una tercera categoría comprensiva de obligaciones *complejas* o *mixtas* cuyo objeto estaría constituido por una *cosa* y un *hecho* de conducta, fundidos entre sí.

Busso sostiene, con razón, que en esos supuestos la *complejidad* no existe en una *obligación* que fuese, simultáneamente, de dar y de hacer, sino en la fuente que origina al propio tiempo distintas obligaciones, algunas de dar, otras de hacer. Son obligaciones *conexas*, por cuanto provienen de la misma *causa*, lo que no impide que puedan ser todas principales,

verbigracia, en la locación de obra, la obligación del locador o empresario de ejecutar el trabajo y la obligación del locatario o dueño de la obra de pagar el precio correspondiente; o bien, ser algunas *subordinadas* a otras, como en la compraventa de inmueble, en la cual a las obligaciones ordinarias de vendedor y comprador se agrega la *obligación de escriturar*, que es una obligación de hacer –de otorgar la escritura traslativa de dominio– que pesa sobre ambas partes.

En definitiva, *no hay* obligaciones complejas o mixtas sino que las que aparentan serlo se desintegran en obligaciones combinadas de dar o de hacer, de las cuales unas quedan subordinadas a las otras, sin perder enteramente su individualidad. Esas distintas obligaciones son regidas por las normas que les son respectivas, precisamente en razón de su particular índole jurídica.

703. DIFERENCIAS CON LAS OBLIGACIONES DE DAR.– Son las siguientes:

a) Es *más intensa* la prerrogativa del acreedor de la obligación de dar para lograr el cumplimiento *en natura* del objeto debido: basta para ello que la cosa exista, que esté en el patrimonio del deudor y en su posesión. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, como lo debido es un hecho de conducta, no es posible lograr su forzada realización, si para ello es menester practicar *violencia en la persona* del deudor.

b) En las obligaciones de dar es *casi indiferente* la persona del deudor, la que por el contrario suele tener especial importancia en las obligaciones de hacer.

c) En materia de *responsabilidad* pueden diferir las normas aplicables. Así, las obligaciones de hacer provenientes de la locación de obra dan lugar a la garantía especial del art. 1646 que es más intensa y prolongada que la garantía por vicios ocultos que juega en las obligaciones de dar constituidas por un título oneroso. En cuanto a los vicios aparentes, no comprometen al deudor de una obligación de dar (art. 2173 *in fine*).

d) También difieren los términos de *prescripción* de la acción que tiende a hacer valer la responsabilidad mencionada.

704. CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER: TIEMPO Y MODO DE EJECUCIÓN.– El art. 625 afirma el preciso deber de realizar el acto debido que pesa sobre el obligado. No ha de pensarse que se debilita el *deber de prestar*, por razón de estar en juego un hecho relativo a la conducta del deudor. Este se ve urgido, por el imperio de la ley a comportarse según la exigencia contenida en la obligación, sin poder eludir ese comportamiento pretendiendo substituirlo por el resarcimiento del perjuicio que la inejecución provoque al acreedor (art. 631).

El art. 625 determina *cómo* debe realizarse el hecho debido:

a) En primer término, debe practicarse en *tiempo propio*, es decir, dentro del plazo expreso o tácito previsto para satisfacer el pago, o aun después si no media constitución en mora del deudor.

Cuando falta la determinación del tiempo de cumplimiento, corresponde la designación por el juez (conf. arts. 751 y 618).

La *ejecución tardía* de la obligación compromete la responsabilidad del deudor por los *daños y perjuicios moratorios* que la tardanza haya provocado al acreedor.

b) En cuanto al *modo* de ejecución debe ser tal como "fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara" (art. 625), con lo cual el *criterio* del Código apunta a la *voluntad real* de los contratantes, en su intimidad psíquica. Por otra parte, la brújula para orientar la comprensión de esa voluntad es la *actuación de buena fe* (conf. art. 1198), que queda corroborada por la observancia de las reglas del arte del oficio respectivo, para cuya determinación reviste singular valor la prueba pericial.

705. SANCIÓN POR MAL CUMPLIMIENTO.– Hay mal *cumplimiento* de la obligación de hacer cuando el *hecho ejecutado* por el deudor difiere del *hecho debido* por él, con mengua del interés del acreedor. Este cumplimiento defectuoso, por aplicación de los principios generales, queda asimilado al incumplimiento total (véase *supra*, nº 83).

Si el obligado se apartase del modo de ejecución adecuado, el acreedor puede prescindir de la mala ejecución y exigir un nuevo cumplimiento haciendo abstracción de lo realizado: cuando esto no fuese ya posible podrá recabar la destrucción de lo mal hecho, cuya destrucción se acumulará al contenido inicial de la prestación.

Sin embargo, lo *mal hecho* sólo es pasible de destrucción, seguido de una nueva ejecución en forma, cuando *no medie consentimiento* del acreedor acerca de la mala realización practicada por el deudor, y siempre que la deficiencia en la realización del hecho tenga *especial importancia*. Queda excluida esta vía cuando ella configura un abuso de derecho del acreedor por la ausencia de proporción entre su daño y el que sufriría el deudor en caso de destrucción de la obra.

706. EJECUCIÓN FORZADA.– En principio, el acreedor puede exigir la ejecución forzada del hecho debido. Empero, el principio *no es absoluto*, quedando excluidos los medios de compulsión consistentes en el *empleo de la violencia contra la persona del deudor* (art. 629, 1ª parte).

Esto conduce a la siguiente *distinción*: cuando el *objeto* de la obligación puede ser separado de la persona del deudor, el uso de la fuerza pública es legítimo; en cambio, ello no es posible cuando la persona del deudor está *comprometida* en la realización del hecho debido. Por ejemplo: un pintor no puede ser forzado a pintar un cuadro, pero un fabricante de maquinarias que dirige a sus obreros, sí puede ser compelido a fabricar una determinada máquina que se ha comprometido a entregar, mediante una intervención judicial que no hace violencia a la persona del deudor.

Para el logro del cumplimiento específico de la obligación, el art. 629 sólo elimina el empleo de la *violencia personal*. Por el contrario no están excluidas otras medidas que *indirectamente* conducen a aquel resultado, como ser:

a) La aplicación de *astreintes o multas judiciales de crecimiento indefinido* (conf. art. 37, Cód. Procds. Nacional y art. 666 bis, Cód. Civ.).

b) La *ejecución por otro*, aun el propio acreedor, por cuenta y cargo del incumpliente.

c) La *negativa* del acreedor a cumplir sus propias obligaciones, mientras a su vez el deudor no cumpla (art. 1202).

d) Es bastante frecuente que el acreedor impago pueda replicar a la *negativa de pago* del deudor con la *resolución del contrato* que desvanece la causa de la obligación y consiguientemente hace desaparecer la existencia misma del vínculo, por falta de causa (ver *supra*, nº 103).

707. EJECUCIÓN POR OTRO.– Otra posibilidad con que cuenta el acreedor es la *ejecución por intermedio de una persona distinta* del deudor, pero a expensas de éste, que deberá soportar el *costo* de ese modo de ejecución (conf. arts. 505, inc. 2º y 630).

Para la actuación de esta posibilidad se requiere la conjunción de *dos elementos*: a) la *voluntad del acreedor* –pues la opción es *facultativa* para él– de aceptar la ejecución por otro, *previa constitución en mora* del deudor; b) la *autorización judicial* para recibir ese modo de cumplimiento, pues de lo contrario se haría justicia por mano propia. No se requiere a más de ello, que el hecho debido sea fungible, pues el acreedor sabrá

cuándo le puede interesar sustituir ese hecho por otro distinto. Sin embargo, esta libertad del acreedor no ha de traducirse en una mayor onerosidad para el deudor, quien sólo está precisado a costear una ejecución similar, en sustancia, a la omitida por él.

708. PAGO POR TERCERO.– Relacionado con el punto precedente está la intervención de un tercero en el pago, no ya por iniciativa del acreedor como en el caso anterior, sino por *imposición del deudor*, o bien por la *espontánea* decisión del tercero. En esta hipótesis el acreedor no puede rechazar ese pago, siempre que haya identidad entre el hecho *ofrecido* y el hecho *debido* (art. 626).

Si se trata de prestaciones *fungibles*, las cuales se refieren a hechos indiferenciados, que pueden realizarse por cualquiera sin alteración de su sustancia, por ejemplo, construcción de una pared, el deudor puede *imponer* al acreedor la recepción del pago, por intermedio de un *tercero* (arg. arts. 729 y 730).

En cambio, tratándose de prestaciones *no fungibles*, las cuales comprenden hechos peculiares del deudor, que no admiten sustitución personal, pues la obligación ha sido constituida *intuitu personae*, el acreedor puede negarse a recibir el pago ofrecido por el tercero, por existir diferencia entre el objeto de la deuda y el objeto a pagar (conf. arts. 730 y 741).

709. EJECUCIÓN POR EQUIVALENTE: DAÑOS Y PERJUICIOS.– Cuando fracasa el cumplimiento específico de la obligación, previa la constitución en mora del deudor, con o sin interpelación del acreedor (conf. nuevo art. 509), procede la satisfacción de la expectativa de éste por vía de *sucedáneo*, mediante la reparación de los *daños y perjuicios* causados por la inejecución.

Con respecto a esta clase de obligaciones los principios generales se aplican sin variante alguna (ver *supra*, núms. 81 y sigs. y 256 y sigs.), que no han sido alterados en las situaciones contempladas por los arts. 628, 629 y 630.

710. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO SIN CULPA DEL DEUDOR.– Cuando se produce el incumplimiento del hecho debido, *sin culpa* del deudor, por la incidencia de un factor extraño, que ha vuelto imposible la realización de ese hecho, no sólo aquél no incurre en responsabilidad, sino que queda liberado de la obligación que se ha extinguido por *imposibilidad de pago* (art. 627; conf. art. 888).

Si la imposibilidad del hecho ocurre luego de la constitución en mora del deudor, ya no se sigue dicho efecto extintivo: la obligación subsiste, aunque *convertida* en su objeto, que ahora es una suma de dinero comprensiva del perjuicio que el incumplimiento representa para el acreedor.

La *prueba* de la imposibilidad de cumplimiento incumbe al deudor que pretende patentizar su liberación, y excusar su responsabilidad por el caso fortuito ocurrido. Pero si el acreedor aspira a encuadrar el caso en el art. 628, a él le toca suministrar la prueba de la culpa o dolo del obligado.

711. OBLIGACIÓN DE ESCRITURAR.– Una de las más importantes obligaciones de hacer es la que asumen los contratantes de una compraventa de inmuebles, quienes al contratar se obligan a instrumentar el acto en la pertinente escritura pública.

Es interesante puntualizar el comportamiento de esta obligación de hacer, con respecto a los tópicos ya estudiados.

a) Es obligación *accesoria* de las obligaciones *principales* que el contrato de compraventa impone a las partes.

b) El *tiempo* de ejecución suele estar convenido en el contrato. Si así no fuera tendría que designarlo el juez.

c) El modo de ejecución se refiere al *lugar*, o sea la oficina del escribano designado, y a las *condiciones* de realización del hecho, con arreglo a los términos de la obligación.

d) La *constitución en mora* con respecto a la obligación de escriturar presenta peculiaridades de importancia. Así el interpelante, cuando la mora dependa de interpelación, debe ser la *parte* que desea constituir en mora al adversario; la citación del escribano no constituye en mora. La interpelación debe ser circunstanciada con indicación de lugar y tiempo de cumplimiento de la obligación. En fin la interpelación ha de ser de cumplimiento factible: no puede ser sorpresiva ni dirigida de mala fe (véase Llambías, J.J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T.II-A, nº 973, nota 70).

e) La *obligación de escriturar* es susceptible de *cumplimiento en especie*, sin que para ello sea menester emplear la violencia personal: el juez puede suscribir la escritura en nombre y por cuenta de la parte inasistente, siempre que dicha escritura sea de realización jurídicamente posible.

f) Cuando la escrituración es *material o jurídicamente imposible*, por *culpa* de una de las partes, la otra tiene derecho al resarcimiento de los *daños y perjuicios* que el fracaso de la operación le cause.

g) Finalmente si la *imposibilidad* de escriturar sobreviene *sin culpa* de las partes (por ej., expropiación por causa de utilidad pública), la obligación se extingue por imposibilidad de pago (conf. arts. 627 y 888). Ninguno de los contratantes es responsable por el daño que la extinción causa al otro (art. 513), pero ellos deben devolver cuanto hubiesen recibido en virtud de un contrato que desde ya queda disuelto y deja de funcionar como causa de obligaciones (conf. art. 793, *in fine*).

712. OBLIGACIONES DE NO HACER: PROYECCIÓN DE NORMAS.– Las obligaciones de no hacer se caracterizan por su contenido negativo: su objeto consiste en la *abstención* de algo que, normalmente, el deudor habría podido efectuar si no se lo impidiera la constitución de la obligación, por ejemplo, obligación de no subalquilar una casa.

Estas obligaciones no se diferencian sustancialmente de las obligaciones de hacer, pues su objeto es siempre un *hecho de conducta* del deudor, sólo que tiene signo negativo en las que ahora tratamos. Es una diversidad accidental que no impide la proyección de normas de unas a otras obligaciones, en la generalidad de las situaciones.

No obstante ello, con respecto a la *constitución en mora* las obligaciones de no hacer están exentas del requisito de la interpelación del acreedor: el deudor incurre en mora, automáticamente, por la sola realización del hecho del cual debía abstenerse.

713. TIEMPO Y MODO DE LA ABSTENCIÓN DEBIDA.– Por aplicación de lo dispuesto en el art. 625, la omisión del deudor debe mantenerse durante todo el *tiempo* que lo exija la obligación y del *modo* como fue la intención de las partes que se realizara.

714. ABSTENCIÓN FORZADA: LIMITACIONES.– El art. 633 faculta al acreedor a exigir la *destrucción de lo hecho* por el deudor en infracción a la abstención debida, o que "se le autorice para destruirlo a costa del deudor". Es decir que esta facultad se traduce en la concreción del cumplimiento *en natura* de la obligación.

Sin embargo, el principio de la *abstención forzada no es absoluto*, pues cede en dos supuestos:

1) Cuando para destruir o remover lo obrado, en contravención, por el deudor, es menester *emplear violencia* contra la persona de éste, por ejemplo, el pianista contratado con exclusividad por un empresario y que viola el pacto, a quien no se le puede hacer bajar del escenario *manu militari*.

2) Cuando la destrucción implica el *sacrificio de un valor* muy superior al interés positivo del acreedor ligado al cumplimiento de la obligación, pues entonces la pretensión de destruir configura un abuso de derecho (conf. art. 1071).

715. CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE: DAÑOS Y PERJUICIOS.– La satisfacción del interés del acreedor, por vía de sucedáneo, que le compensa el valor de la pérdida que ha sufrido a causa del hecho obrado por el deudor, en contravención a lo debido, se presenta en varios supuestos.

a) Cuando no fuere posible destruir el hecho obrado por el deudor, en contravención a la abstención debida, y que le es imputable en razón de su culpa o dolo, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la ejecución del hecho le haya ocasionado (art. 634).

b) Un segundo supuesto de daños y perjuicios se presenta, cuando pudiendo destruirse lo hecho por el deudor, el acreedor opta por dejar subsistente lo mal hecho y reclama la indemnización del daño que le ha causado la infracción del deudor: por ejemplo, si alguien se instala en un lugar y hace competencia al acreedor pese al compromiso contrario que había asumido.

c) Un último supuesto de reparación de perjuicios tiene lugar, cuando la destrucción de lo mal hecho, deja un *saldo deficitario* para el acreedor que no habría experimentado ese daño suplementario si el deudor en todo momento se hubiese atenido a la abstención impuesta por la obligación.

715 bis. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO SIN CULPA DEL DEUDOR.– Si la abstención debida se torna *imposible sin culpa* del deudor, la obligación de no hacer se extingue por *imposibilidad de pago* (conf. arts. 513 y 888), tal como lo dispone el art. 632 (por ej., venta forzosa, por expropiación, del inmueble que el propietario estaba obligado a no enajenar durante cierto lapso, a mérito de una cláusula testamentaria (conf. arts. 1324, inc. 1º, y 2613).

VII OBLIGACIONES DE OBJETO PLURAL O COMPUESTO

716. NOCIÓN.– Son obligaciones de objeto *plural o compuesto*, las que se refieren a dos o más prestaciones. Ellas se oponen a las obligaciones *simples*, cuyo objeto está constituido por una sola prestación. A su vez, las obligaciones plurales pueden tener un objeto *conjunto o disyunto*.

717. OBLIGACIONES DE OBJETO CONJUNTO: CARACTERES Y RÉGIMEN LEGAL.– Las obligaciones de objeto *conjunto* se caracterizan por la pluralidad de prestaciones debidas, todas las cuales integran la pretensión del acreedor: por ejemplo: la compra de un juego de comedor y un juego de living, en cuya obligación el objeto está integrado por todas las piezas de cada juego. Estas obligaciones *carecen* de un régimen propio, y se gobiernan por los principios comunes a toda obligación, pues no hay entre ellas y las obligaciones simples una diferencia específica: la diversidad es *cuantitativa* y no *cualitativa*.

718. OBLIGACIONES DE OBJETO DISYUNTO: SUBDIVISIÓN.– Versan sobre varias prestaciones distintas, de modo que el deudor se libera pagando una sola de esas prestaciones. Integran esta categoría las obligaciones *alternativas* y las *facultativas*, aunque estas últimas, consideradas bajo el ángulo del objeto debido, implican una *falsa disyunción*.

§ 1. Obligaciones alternativas

719. CONCEPTO.– Son aquellas que tienen "por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada" (art. 635).

720. NATURALEZA: DISTINTAS TEORÍAS.– a) Para la *teoría clásica*, que no ha sido superada, la obligación alternativa se concibe como un *vínculo único* entre acreedor y deudor, *perfecto* en cuanto su existencia es cierta, que recae sobre *varias prestaciones*, cada una de las cuales es debida, bajo la condición resolutoria de "si" es cumplida cualquiera de las otras.

72

Adherimos a esta concepción que es la que condice, mayormente, con el art. 635, y está latente en la nota al art. 651. Por ello cuenta con la adhesión de la mayoría de la doctrina nacional.

b) Dumoulin sostuvo que la obligación alternativa *no* es de objeto múltiple sino *único*, aunque sujeto a la condición suspensiva de la elección que recaiga sobre él.

c) Una tendencia doctrinaria contemporánea considera que esta obligación consiste en un *vínculo único* que recae sobre un *objeto también único* pero originariamente *indeterminado* hasta que tenga lugar la elección. Los objetos que no resultan elegidos están al margen de la deuda.

d) Según Zachariae, en la obligación alternativa hay *pluralidad de vínculos*, uno por cada prestación comprometida; empero, aunque hay tantas obligaciones como prestaciones distintas e independientes en el título, el cumplimiento de una prestación extingue la deuda relativa a las otras.

721. CARACTERES.– a) Tienen un objeto *plural o compuesto*, que puede estar constituido por prestaciones *homogéneas o heterogéneas*, sea de dar, de hacer o de no hacer.

b) Consisten en un *vínculo único*.

c) El objeto del pago es también *único*, como surge con claridad del art. 636. Esto muestra la distinción entre la *pluralidad del objeto debido* y la *unidad del objeto de cumplimiento o pago*. El paso de esa pluralidad a la unidad se realiza en función del *principio de concentración*, que, ordinariamente, opera por la *elección* de la prestación a pagar.

d) Las prestaciones debidas son *distintas e independientes entre sí* (art. 635).

Son prestaciones *distintas* las que no pueden refundirse entre sí, por absorción de una prestación en otra.

Son prestaciones *independientes* las que no quedan subordinadas unas a otras, y que no requieren de las demás para existir. Hay *paridad* entre todas las prestaciones, pues todas tienen la misma aptitud para solventar la obligación con el pago que de alguna de ellas se efectúe.

e) También es rasgo típico la *elección* del objeto a pagar dentro de todos los posibles, comprendidos en el objeto de la obligación.

f) La alternatividad puede recaer no sólo sobre la *prestación* a pagar, considerada en sí misma, sino sobre las modalidades de su ejecución, como el "lugar de pago o de cosas, hechos y lugar de la entrega" (art. 636).

722. DIFERENCIAS CON LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS.– La obligación facultativa es la que tiene un objeto que el deudor puede sustituir, en el acto del pago, por otro objeto que está al margen de su deuda. Las diferencias con las obligaciones alternativas son muy notables: 1º) En estas últimas hay *dos o más prestaciones* que integran el objeto debido; en cambio, en las obligaciones facultativas se debe *una sola prestación*, con la facultad para el deudor de poder sustituirla por otra, en el acto del pago; 2º) en la obligación *alternativa* hay paridad entre todas las prestaciones debidas, que están en un mismo pie de igualdad; por el contrario, en la obligación facultativa hay disparidad entre las distintas prestaciones con que puede desobligarse el deudor, pues una sola entra en el objeto debido, mientras la otra está al margen de la deuda; 3º) en la obligación alternativa la *elección* entre los objetos susceptibles de pago, pertenece al deudor o al acreedor, si así se conviniere (conf. art. 641); en la obligación facultativa la *opción* favorece exclusivamente al deudor.

723. DIFERENCIAS CON LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.– Remitimos a la comparación efectuada *supra* en el número 276.

724. DIFERENCIAS CON LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO.– 1º) En cuanto al *objeto debido*, en las obligaciones alternativas *está definido* en su individualidad desde el origen de la deuda, pues el deudor debe en concreto esto o aquello o aquello *otro*; en cambio en las obligaciones de género *no está definido* en su individualidad lo que se debe; 2º) en cuanto a la *elección*, en las obligaciones alternativas, puede practicarse *con libertad* entre los objetos debidos; en cambio en las obligaciones de género, la elección se sujeta al criterio de la *calidad media;* 3º) las obligaciones alternativas se extinguen por *imposibilidad* de pago, si por un caso fortuito se pierden todas las prestaciones debidas; en cambio, las de género no son afectadas por casos fortuitos, siendo lógicamente inconcebible el perecimiento de todos los individuos integrantes del género debido.

725. DIFERENCIAS CON LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES.– 1º) La obligación condicional es de existencia incierta; en cambio, la alternativa es pura y simple, no dependiendo su existencia de eventualidad alguna: la

de recibir una cuota de $ 4.000, dar marcha atrás y pretender el automóvil, pues la elección es irrevocable.

732. IMPOSIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES. TEORÍA DE LOS RIESGOS: DISTINCIONES LEGALES.– Completaremos el estudio de esta clase de obligaciones, examinando cuáles son las soluciones apropiadas cuando *durante* la *existencia del vínculo* y antes de la elección *sobreviene* algún hecho que con o sin culpa de las partes implica la imposibilidad de pagar alguna o todas las prestaciones debidas o el *deterioro* de esas mismas prestaciones. Asimismo cabe contemplar la incidencia que en el régimen de la obligación alternativa producen los aumentos naturales que recibe alguna de las cosas comprometidas, o las *mejoras* hechas en ellas.

A. *Contingencias sobrevenidas sin culpa*

733. a) IMPOSIBILIDAD RELATIVA A ALGUNA PRESTACIÓN.– Según lo dispuesto en el art. 639, primera parte, la imposibilidad de pago de una prestación *concentra* el objeto debido en las demás prestaciones. Es otro efecto del *principio de la concentración* que actúa acá automáticamente: por el sólo hecho de producirse la *imposibilidad de cumplimiento* de una prestación, de pleno derecho se vuelca el objeto de la obligación sobre las prestaciones subsistentes.

Por *imposibilidad de cumplimiento* debe entenderse cualquier evento que impida la realización del pago, como la *pérdida o destrucción* de la cosa, sea *física o legal*, o la ausencia sobreviniente de la calidad de *dueño* de la cosa que debe enajenarse a favor del acreedor (arg. art. 738).

734. b) IMPOSIBILIDAD REFERENTE A TODAS LAS PRESTACIONES.– Cuando todas las prestaciones resultan de cumplimiento imposible, *sin culpa* de nadie, la obligación se extingue por *imposibilidad de pago* (art. 642).

735. c) DETERIORO DE ALGUNA DE LAS PRESTACIONES CUANDO LA OBLIGACIÓN ES ALTERNATIVA REGULAR.– Este caso debe resolverse con el mismo criterio con que se soluciona la *pérdida fortuita* de alguna de las prestaciones, pues la libertad de elección, por parte del deudor, no puede ejercerse en desmedro de la expectativa del acreedor: mientras esté intacto alguno de los objetos debidos, éste puede pretender que se le pague con dicho objeto. De otro modo, el *casus* que implica el deterioro fortuito, que normalmente debe ser soportado por quien tiene la facultad de elegir, pasaría a gravitar sobre la otra parte.

736. d) DETERIORO FORTUITO DE TODAS LAS PRESTACIONES EN LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA REGULAR.– En este supuesto subsiste el derecho de elección del deudor, quien puede optar por pagar con cualquiera de las cosas deterioradas. Empero practicada la elección, no estará por ello precisado el acreedor a recibirla: puede rechazar la cosa deteriorada disolviendo la obligación, o recibir la cosa en ese estado con disminución proporcional del precio que hubiere (conf. art. 580).

737. e) DETERIORO DE ALGUNA DE LAS PRESTACIONES SI LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA ES IRREGULAR.– En esta hipótesis, es indudable que subsiste la opción, a arbitrio del acreedor, entre las prestaciones deterioradas o no deterioradas, y si elige la deteriorada puede reducir proporcionalmente el precio de la cosa, pero no disolver la obligación, (conf. art. 580) porque la elección es para el pago y no para facilitar la propia liberación del que elige.

738. f) DETERIORO DE TODAS LAS PRESTACIONES EN LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA IRREGULAR.– En este caso, el acreedor mantiene su facultad de elegir entre todas las prestaciones deterioradas, con disminución proporcional del precio de la cosa que recibiere. Además, puede negarse a recibir cualquier pago, disolviendo la obligación.

B. *Contingencias sobrevenidas por culpa: obligaciones alternativas regulares*

739. a) PÉRDIDA DE ALGUNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR, SUBSISTENCIA DE OTRA PRESTACIÓN POSIBLE.– En este supuesto debe entregarse el objeto que ha quedado (art. 639). Es la directa consecuencia del principio de concentración; por su culpa el deudor pierde la facultad de elegir, quedando precisado a pagar con la prestación subsistente.

740. b) PÉRDIDA DE ALGUNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR Y PÉRDIDA ULTERIOR DE LA OTRA PRESTACIÓN POR CASO FORTUITO.– En este caso la responsabilidad del deudor, por el incumplimiento final de la obligación, consiste en la entrega del valor del último objeto que hubiese podido ser

73

prestado (art. 639, 2ª parte). Es una *deuda de valor* que se establece en función de la *tasación* de la última prestación al *tiempo* de su pérdida o destrucción, *ajustada a la actual capacidad adquisitiva de la moneda (supra*, núms. 647-649).

741. c) PÉRDIDA DE LA ÚLTIMA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR Y PÉRDIDA ANTERIOR POR CASO FORTUITO.– A diferencia del supuesto anterior en que el deudor sólo debía "el valor del último" objeto que pudo prestarse, en el presente caso debe ese "valor", que es el "equivalente" de que habla el art. 579, más la *indemnización* del perjuicio adicional que sufre el acreedor por el incumplimiento del deudor (conf. arts. 505, inc. 3º, 579 *in fine* y 889).

742. d) PÉRDIDA DE TODAS LAS PRESTACIONES POR CULPA DEL DEUDOR.– Aquí se aplican los mismos principios que en el caso anterior: se debe el valor del último objeto perdido y además *todos los daños y perjuicios* que sufra el acreedor, provenientes del incumplimiento culpable del deudor.

743. e) PÉRDIDA DE ALGUNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR Y SUBSISTENCIA DE OTRA PRESTACIÓN REALIZABLE.– En esta hipótesis el deudor puede ejercer su facultad de elegir, *optando* pagar con la prestación subsistente, o bien manifestando que el pago ha de tenerse por efectuado con la destrucción de la cosa cometida por el acreedor. En el caso de la primera opción, el deudor podrá separadamente demandar la reparación de los daños y perjuicios que le ha causado la destrucción de la cosa no imputada al pago. Aunque el Código no se refiere a este supuesto, ciertamente raro, el derecho del deudor a la indemnización se funda en el art. 1109.

744. f) PÉRDIDA DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR Y PÉRDIDA DE LA OTRA POR CASO FORTUITO.– La solución adecuada es la siguiente: el deudor pierde por el caso fortuito la facultad de elegir, pero su deuda queda saldada con la cosa que hizo perecer el acreedor. La solución no varía si el caso fortuito es *anterior o posterior* al perecimiento de la prestación por culpa del acreedor.

745. g) PÉRDIDA DE TODAS LAS PRESTACIONES POR CULPA DEL ACREEDOR.– El deudor, que resulta liberado de su deuda por *cualquiera* de los hechos de culpa obrados por el acreedor, puede decidir libremente cuál de las prestaciones perecidas ha de entenderse cobrada por el acreedor y cuál o

cuáles otras han de serle reintegradas en su valor, con indemnización de los perjuicios adicionales que la destrucción de estas otras cosas le hubiese causado.

746. h) PÉRDIDA DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR Y PÉRDIDA DE LA OTRA POR CULPA DEL ACREEDOR.– En tal caso la obligación se tiene por cumplida con la destrucción de la cosa pagable, por manos del acreedor. El deudor queda liberado por la extinción de la deuda, no pudiendo disolver la obligación a causa de la culpa del acreedor: él sólo tiene derecho a reclamar la contraprestación correspondiente, sin indemnización alguna en razón de la destrucción de la cosa, obrada por el acreedor, porque tal destrucción *vale como pago*. No interesa establecer cuál de las culpas ha acontecido antes, pues siempre la solución es la misma: mantenimiento de la eficacia de la obligación que queda saldada con la destrucción de la cosa, por obra del acreedor: irrelevancia de la culpa del deudor que viene a asimilarse a un caso fortuito para él.

747. i) DETERIORO DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR.– En este caso el deudor pierde la facultad de elegir y está precisado a pagar con la prestación no deteriorada. Para que procediese el pago de la prestación deteriorada sería menester que tuviese lugar, por acuerdo de partes, una novación referente al objeto.

748. j) DETERIORO DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR Y DETERIORO DE LA OTRA POR CASO FORTUITO.– En el presente caso el objeto a pagar es la cosa deteriorada por culpa del deudor, quien pierde la facultad de liberarse mediante la entrega de la otra cosa también deteriorada. Pero el acreedor puede aceptar o rechazar aquel pago, con indemnización de perjuicios en ambas situaciones.

749. k) DETERIORO DE TODAS LAS PRESTACIONES POR CULPA DEL DEUDOR.– Al igual que en el supuesto anterior, el deudor carece del derecho a elegir entre las prestaciones deterioradas. De ahí que, por exclusión, tenga el acreedor la posibilidad de definir con cuál de las prestaciones deterioradas ha de efectuarse el pago, si no prefiere disolver la obligación, con indemnización de perjuicios en cualquier caso.

750. l) DETERIORO DE UNA SOLA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR.– En este caso la elección del deudor subsiste, ya que no podría suprimirla la

culpa del acreedor. Por tanto aquél puede optar por entregar la prestación intacta y demandar, separadamente, el resarcimiento del perjuicio que le ha provocado el deterioro de la otra prestación; o bien entregar la cosa deteriorada sin descuento alguno de la respectiva contraprestación a su favor.

751. ll) DETERIORO DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR Y DE LA OTRA POR CASO FORTUITO.– En este supuesto el deudor no pierde la facultad de elegir, pues el simple deterioro de las prestaciones, a que él es ajeno, no las inutiliza para el pago de la deuda. Por tanto, puede optar por la entrega de la cosa deteriorada por culpa del acreedor, sin que éste pueda pretender una disminución de la contraprestación a su cargo; o bien puede entregar la cosa deteriorada por caso fortuito, con descuento proporcional de la contraprestación respectiva –lo que puede ser rechazado por el acreedor, disolviendo la obligación–, y asimismo demandar el resarcimiento del daño que le ha provocado el deterioro, imputable al acreedor, de la cosa no elegida para el pago.

752. m) DETERIORO DE TODAS LAS PRESTACIONES POR CULPA DEL ACREEDOR.– El deudor mantiene la facultad de elegir la prestación a pagar ya que la culpa del acreedor no puede empeorar su situación.

Por consiguiente, el deudor elige el objeto del pago, entre los debidos, teniendo el acreedor que estar a esa elección sin derecho a reducir su propia contraprestación, ni a disolver la obligación, por la falla que la cosa presenta.

753. n) DETERIORO DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR Y DE LA OTRA POR CULPA DEL ACREEDOR.– El deudor puede elegir entre las prestaciones deterioradas. Si elige la deteriorada por culpa suya, el acreedor puede optar por recibirla con reducción proporcional de su propia contraprestación e indemnización del daño que le ocasiona el defecto de cumplimiento, o bien disolver la obligación también con indemnización de daños y perjuicios. Fuera de ello, el acreedor responderá del daño que el deterioro obrado por él en la otra prestación le ha irrogado al deudor.

Si el deudor elige la prestación deteriorada por culpa del acreedor, el pago es correcto y debe considerarse íntegro.

C. *Contingencias sobrevenidas por culpa, referentes a obligaciones alternativas irregulares*

754. a) PÉRDIDA DE ALGUNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR. SUBSISTENCIA DE OTRA PRESTACIÓN SUSCEPTIBLE DE PAGO.– En este caso el acreedor puede reclamar la cosa que ha quedado o el valor de la que se ha perdido (art. 641, 1ª parte). En esta última opción, no se trata sólo de tasar en dinero la prestación no realizada, sino de *valuar los daños y perjuicios* que ha sufrido el acreedor por la falta de cumplimiento de la prestación ahora elegida.

755. b) PÉRDIDA DE TODAS LAS PRESTACIONES POR CULPA DEL DEUDOR.– Este caso se resuelve por aplicación del mismo principio precedente, adaptado a la pluralidad de pérdidas imputables al deudor (art. 641, 2ª parte): el acreedor puede elegir la prestación con respecto a cuya frustración se habrá de medir el daño que él ha sufrido.

756. c) PÉRDIDA DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR Y DE LA OTRA POR CASO FORTUITO.– Si el caso fortuito ha antecedido a la culpa del deudor, la solución es clara: actúa el *principio de concentración* que priva al acreedor de la facultad de elección y restringe el objeto debido al último que subsiste. Como éste se pierde, finalmente, por culpa del deudor, cuando la obligación ya es de cuerpo cierto, el art. 579 es rigurosamente aplicable: el acreedor tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que la culpa del deudor le provoca.

Cuando el caso fortuito ha sobrevenido a la culpa del deudor, el acreedor puede *elegir* entre el *valor* de la última prestación que pudo pagarse y el de la perecida por culpa del deudor, con indemnización de daños y perjuicios en uno y otro caso.

757. d) PÉRDIDA DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR Y SUBSISTENCIA DE LA OTRA.– Con la destrucción de una de las prestaciones comprendidas en la obligación obrada por su culpa, el acreedor *agota* su facultad de elegir, no pudiendo ya optar por la otra prestación.

758. e) PÉRDIDA DE TODAS LAS PRESTACIONES POR CULPA DEL ACREEDOR.– Con la destrucción de la primera cosa por culpa del acreedor, queda agotada la facultad de elección de éste. Las otras prestaciones salen del objeto de la obligación que queda saldada con la *consunción* de la que primero

781

pereció. Si luego esas otras prestaciones son destruidas por el acreedor, ningún efecto produce la ulterior destrucción sobre el vínculo obligacional ya por entonces extinguido, por una suerte de pago.

759. f) PÉRDIDA DE UNA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR Y DE LA OTRA POR CULPA DEL DEUDOR.– Como en el supuesto similar, referente a la obligación alternativa regular, la culpa del deudor es irrelevante. La destrucción de la cosa obrada por el acreedor, a quien compete la elección, *vale como pago*: el deudor, en razón de esa *consunción* de la cosa, queda liberado de la deuda y en situación de poder reclamar la contraprestación establecida a su favor. No juega indemnización alguna, a favor de una u otra de las partes.

760. DETERIORO DE UNA O AMBAS PRESTACIONES.– También en la obligación alternativa irregular, en que el acreedor elige, el deterioro de una o ambas prestaciones por culpa del deudor o del acreedor, origina variantes de régimen en función de las circunstancias en que el hecho se produce. Así, cuando el culpable del deterioro singular es el deudor, el acreedor no queda privado de la facultad de elegir, pudiendo optar: 1) por la cosa no deteriorada; 2) por la cosa deteriorada con indemnización del daño irrogado por el cumplimiento defectuoso; 3) por la indemnización sustitutiva de la entrega de la cosa no deteriorada; 4) por la disolución de la obligación con indemnización del daño al interés negativo que el acreedor sufre por el desvanecimiento del contrato (véase además Llambías, J.J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. II, núms. 1045-1049).

D. *Aumentos y mejoras*

761. I) OBLIGACIÓN ALTERNATIVA REGULAR: AUMENTO O MEJORA COBRABLE CON RESPECTO A UNA PRESTACIÓN.– Si una sola prestación ha sido aumentada o mejorada, el deudor mantiene su derecho a elegir entre las prestaciones en juego, salvo que se trate de mejoras que él no tiene derecho a recuperar, como son las *mejoras útiles* introducidas por él, o las *voluntarias*.

Así, pues, si se trata de mejoras no recuperables, su realización implica optar para el pago por la cosa no mejorada, a menos que el deudor renuncie al derecho de retirar tales mejoras cediéndolas sin cargo al acreedor.

Tratándose de aumentos, o de mejoras recuperables, si el deudor elige la cosa aumentada o mejorada, el acreedor debe el *valor del incremento*. Empero el acreedor podrá disolver la obligación, si no estuviere conforme en pagar el exceso que correspondiere (arg. art. 582).

762. II) IGUAL OBLIGACIÓN: AUMENTO O MEJORA DE TODAS LAS PRESTACIONES.– Se aplican los mismos criterios expuestos precedentemente, manteniendo el deudor la facultad de elegir y pudiendo el acreedor disolver la obligación si no quisiere satisfacer el mayor valor que correspondiere.

763. III) OBLIGACIÓN ALTERNATIVA IRREGULAR: AUMENTO O MEJORA DE UNA SOLA PRESTACIÓN.– El acreedor puede optar por cualquiera de las prestaciones, pero si elige la cosa aumentada o mejorada, tiene que satisfacer el mayor valor que el deudor tenga derecho a exigir, en razón del aumento, o mejora recuperable, *sin derecho a disolver la obligación* por ese motivo.

764. IV) IGUAL OBLIGACIÓN ANTERIOR: AUMENTO, O MEJORA RECUPERABLE, INTRODUCIDO EN TODAS LAS PRESTACIONES.– Con respecto a la prestación que elija el acreedor tendrá que satisfacer el mayor valor que ha cobrado la cosa, en razón del aumento o mejora, a menos que prefiera *disolver la obligación*, ya que no puede imponérsele que reciba un pago distinto al convenido al tiempo de constituirse la obligación.

§ 2. Obligaciones facultativas

765. DEFINICIÓN.– El Código da el concepto apropiado de este tipo de obligación diciendo que "es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra" (art. 643).

766. NATURALEZA.– Como en la obligación facultativa su objeto es *único*, la naturaleza del vínculo estará dada por las características de ese único objeto (art. 644). La índole de la prestación que está *in facultate solutionis* no ejerce influencia alguna.

767. CARACTERES.– a) La obligación facultativa se caracteriza por una *unidad de objeto debido y pluralidad de objetos* aptos para el pago.

b) Hay *disparidad* entre los distintos objetos susceptibles de ser dados en pago: al *objeto debido* el Código lo llama prestación *principal*; al objeto *no debido* aunque apto para el pago, si el deudor opta por él, se lo denomina prestación *accesoria* (conf. arts. 644, 645, 646, 647, 648, 649 y 650).

c) El tercer carácter típico de la obligación facultativa es el funcionamiento de la *opción*, inherente a ella, *siempre a favor del deudor*: no hay, pues, obligaciones facultativas irregulares.

768. COMPARACIÓN CON OBLIGACIONES AFINES.– La comparación con las obligaciones *alternativas* y aquellas con *cláusula penal* ya la hemos efectuado oportunamente, por lo que remitimos al lector a lo expuesto con anterioridad (ver *supra*, núms. 722 y 277).

769. COMPARACIÓN CON LA SEÑA.– La seña juega como *indemnización* en caso de *disolución* de la obligación, por arrepentimiento (conf. art. 1202); en cambio, la prestación *in facultate solutionis* se satisface como *pago* para *cumplir* la obligación y no para disolverla *ab origine*.

770. OBJETO DE LA PRESTACIÓN FACULTATIVA.– Puede consistir en cualquier clase de prestación, sea la entrega de una cosa, o la ejecución o abstención de un hecho. Igualmente la facultad de sustitución puede referirse a las modalidades y circunstancias de la ejecución, verbigracia, la opción del pago al contado, o en cuotas periódicas con el recargo de los intereses o en tal o cual lugar, etcétera.

771. CAUSA-FUENTE DE LA FACULTAD DE SUSTITUCIÓN.– El poder de sustituir por otra la prestación debida, característico de la obligación facultativa, puede provenir de la *voluntad particular*, manifestada en un contrato o un testamento, o bien resultar de una *disposición legal* (por ej., arts. 1837 y 1854).

772. OPCIÓN DEL DEUDOR: CUÁNDO SE PERFECCIONA.– La doctrina no es pacífica a este respecto:

a) Para la mayoría de los autores cuya opinión compartimos, la opción del deudor por la prestación no debida sólo queda consumada en el momento del *pago*. La virtualidad de la obligación facultativa autoriza al

obligado a sustituir el *objeto del pago, no el objeto debido:* de ahí la *necesidad del pago* para que haya legítimo ejercicio de la opción.

b) Para otros autores sería suficiente para consumar la opción por la prestación que está *in facultate solutionis*, la simple manifestación de la voluntad del deudor, siempre que le sea comunicada al acreedor.

c) Hay otros autores que introducen una distinción: la manifestación de voluntad sería bastante para *desistir* de la opción por la prestación facultativa, pero insuficiente para alterar el objeto debido, que no se mudaría por el propósito declarado del deudor de pagar con aquella otra prestación. La distinción es válida, pero se la formula impropiamente con respecto al asunto acá estudiado, por no referirse al *perfeccionamiento* de la opción, sino a la *renuncia* anticipada de emplear en su momento la opción.

773. EFECTOS.– Nuestro Código ha dedicado varias disposiciones –los arts. 645 a 650– a la indicación de los efectos que produce la obligación facultativa. Los estudiaremos seguidamente.

774. NULIDAD CONCERNIENTE A UNA U OTRA PRESTACIÓN.– La nulidad que afecta a la obligación en razón de una falla concerniente a la prestación principal, la invalida también con respecto a la prestación accesoria (art. 645). Pero a la inversa, la nulidad que incide sobre la prestación accesoria, deja intacta la validez de la obligación respecto de la prestación principal (art. 650): se da, entonces, una *nulidad parcial* (conf. art. 1039); nulidad que rara vez se presenta en materia contractual.

775. ACCIÓN DEL ACREEDOR.– En esta clase de obligaciones la pretensión del acreedor sólo puede comprender la prestación principal, que es el único objeto que le es debido: de ahí que no tenga acción sino para demandar ese objeto, y de ningún modo el accesorio librado al arbitrio del deudor (art. 646).

776. IMPOSIBILIDAD DE PAGO.– La imposibilidad de pago actúa diferentemente, según que afecte a la prestación *principal* o a la *accesoria*.

a) Cuando esa imposibilidad, sin culpa del deudor, recae sobre la *prestación principal*, la obligación facultativa se extingue integralmente aunque la prestación accesoria sea susceptible de pago (art. 647).

Este principio tiene dos excepciones:

1) Si la imposibilidad de pago ocurre cuando el deudor *ya-está constituido en mora*, el caso fortuito no lo exime de responsabilidad y se abre a favor del acreedor la opción que le brinda el art. 648 (véase *infra*, nº 777).

2) También se mantiene la eficacia de la obligación si el deudor, no obstante su liberación, se adelanta a satisfacer la prestación accesoria en tiempo útil, es decir, antes de que el contrato quede resuelto a causa del incumplimiento de la prestación principal. Aunque el Código no menciona esta posibilidad hay que admitirla, porque no agravia al acreedor, a quien se desinteresa con una dación en pago autorizada por el título de la obligación.

b) Cuando la *imposibilidad de pago* recae sobre la *prestación accesoria*, ella no afecta sustancialmente los derechos del acreedor (art. 649), pues la obligación se mantiene inalterada con respecto al objeto debido.

777. PÉRDIDA DE UNA U OTRA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR.– a) Cuando la culpa del deudor incide en la destrucción de la prestación *accesoria*, el que se perjudica por ese hecho es el propio culpable, que se ve privado de la posibilidad de liberarse mediante la satisfacción de la prestación accesoria.

b) Cuando esa culpa incide en la pérdida de la prestación principal, "el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesoria" (art. 648). Es una *solución anómala* que ha concitado la crítica general de la doctrina, pues al dar una opción al acreedor con relación a un *objeto que no le es debido*, se desvirtúa por completo el mecanismo de la obligación facultativa, haciéndola funcionar *como si fuese alternativa*.

Con respecto al primer término de la opción ("precio de la cosa que ha perecido"), debe entenderse que el derecho del acreedor se extiende no sólo al *valor* de la cosa, debida, sino hasta cubrir la indemnización total de los *daños y perjuicios* que el incumplimiento culpable del deudor le ha provocado.

778. DETERIORO DE UNA U OTRA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR.– Si la prestación deteriorada es la *accesoria*, la solución es idéntica a la que corresponde a la pérdida total de esa misma prestación (véase *supra*, nº 777).

Si el deterioro causado por el deudor incide en la prestación *principal*, las opiniones están divididas. Para algunos, se impondrá aplicar el art. 648, porque el acreedor puede considerar la obligación como totalmente incumplida por culpa del deudor. Para otros autores, cuya opinión nos parece preferible, el acreedor carece de la opción relativa a la prestación accesoria, que no integra el objeto de la deuda. Por tanto su situación es similar al de un acreedor de cuerpo cierto, que por razón del deterioro de la cosa debida imputable al deudor, puede recibir la cosa deteriorada con indemnización del perjuicio que sufre, o rechazar el pago intentado con indemnización de daños y perjuicios, que diferirán según se mantenga la eficacia del contrato del que proviene la obligación, o que se lo disuelva.

779. DUDA SOBRE LA VIRTUALIDAD ALTERNATIVA O FACULTATIVA DE LA OBLIGACIÓN.– Podría presentarse alguna situación de duda acerca de si una obligación es alternativa o facultativa. La cuestión está decidida a favor de la primera categoría (art. 651). Ello es razonable, porque la institución de una prestación que sin ser debida por el deudor está *in facultate solutionis*, implica un *jus singulare* que debe interpretarse restrictivamente. Por tanto, si se duda sobre su existencia ha de concluirse que no quedó configurado un derecho tan excepcional, y que, en consecuencia, la obligación es alternativa.

VIII. OBLIGACIONES DE SUJETO MULTIPLE

780. PLURALIDAD DE ACREEDORES O DEUDORES.– *Son obligaciones de sujeto plural* las que corresponden a *varios acreedores* o pesan sobre *varios deudores*, con respecto a una sola *prestación debida*, y en razón de una *causa única*. La pluralidad de sujetos puede ser *originaria o sobreviniente*: esto último ocurre, por ejemplo, cuando se incorporan a la relación obligacional los herederos del primitivo acreedor o deudor singular.

781. PLURALIDAD CONJUNTA O DISYUNTA.– La pluralidad es *conjunta* cuando hay *concurrencia* de acreedores o deudores en una misma obligación. Es *disyuntiva* si la presencia de varios acreedores o deudores es *excluyente* entre sí, de manera que la obligación de uno descarta la de otro: hay, pues, una *falsa pluralidad*, porque no hay coexistencia de pretensiones o deberes.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

782. CONJUNCIÓN DIVISIBLE O INDIVISIBLE.– La pluralidad de sujetos de una obligación conjunta puede referirse a una prestación que sea o no susceptible de fraccionamiento. Es una distinción que mira a la *índole del objeto* y que permite clasificar a las obligaciones conjuntas en *divisibles* (ver *infra*, núms. 800 y sigs.) e *indivisibles* (*infra*, núms. 824 y sigs.).

783. CONJUNCIÓN MANCOMUNADA O SOLIDARIA.– Las obligaciones conjuntas pueden ser simplemente *mancomunadas o solidarias*. En las primeras se produce un fraccionamiento del crédito o deuda entre los varios acreedores y obligados: cada sujeto está obligado como deudor, y tiene derecho, como acreedor, a una *parte* de la prestación total, en la que queda confinada la pretensión de cada acreedor o el deber de prestar a cargo de cada obligado. En las solidarias cada sujeto está obligado como deudor o tiene derecho como acreedor a la prestación total.

784. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS.– De acuerdo con lo expuesto, es posible agrupar a las obligaciones conjuntas en cuatro categorías:

I) Obligaciones de objeto divisible (arts. 667 a 678);

II) Obligaciones de objeto indivisible (arts. 679 a 689);

III) Obligaciones simplemente mancomunadas (arts. 690 a 698);

IV) Obligaciones solidarias (arts. 699 a 717).

Nuestro Código se atiene a este esquema. Empero es posible simplificarlo, porque las obligaciones divisibles y las simplemente mancomunadas no tienen *diferencia de régimen*, y consiguientemente cuanto se diga para unas vale para las otras.

Por ello estudiaremos las obligaciones conjuntas, distinguiendo las siguientes especies: 1) obligaciones divisibles; 2) obligaciones indivisibles; 3) obligaciones solidarias.

§ 1. Obligaciones disyuntivas o de sujeto alternativo

785. NOCIÓN.– Son obligaciones disyuntivas o de sujeto alternativo las establecidas a favor de un acreedor indeterminado entre varios sujetos determinados, o a cargo de un deudor indeterminado entre varios sujetos también determinados. Por ejemplo, si se estipula que A o B paguen $ 10.000 a C, o que X pague esa suma a Y o Z.

786. CARACTERES.– a) *Pluralidad* originaria de *vínculos* entre varios *sujetos* activos o pasivos; b) *indeterminación actual* del acreedor o deudor, que es susceptible de una determinación ulterior, cuando se practique la pertinente *elección*; c) *unidad de prestación* u objeto debido, por lo que el pago hecho a un acreedor, o por un deudor, extingue la obligación para todos; d) modalidad *condicional* de la existencia del crédito o deuda. Esta característica se relaciona con la naturaleza de la obligación.

787. NATURALEZA JURÍDICA.– En virtud de la *idea de alternatividad*, la obligación disyuntiva es un crédito o deuda, subordinado a la condición resolutoria de que reciba el pago *"otro acreedor"*, o satisfaga el objeto debido *"otro deudor"*. Llegado ese evento se consolida la obligación con respecto a quienes intervinieron en el pago y se desvanece para los sujetos ajenos a ese acto.

788. COMPARACIÓN CON LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.– No obstante la semejanza de estas obligaciones con las solidarias, media una diferencia esencial entre unas y otras, que reside en la *ausencia de interés asociativo* entre los múltiples sujetos de las obligaciones de sujeto alternativo. De ahí que aquel que la alegue para exigir un reintegro, o compartir un beneficio, deberá acreditar la *causa paralela* de su pretensión –sociedad, mandato, etcétera–, sin que sea suficiente la existencia de la obligación de sujeto alternativo, pues esta figura es *puramente instrumental* y carece, por sí sola, de esa virtualidad.

789. RÉGIMEN APLICABLE A ESTA CLASE DE OBLIGACIONES.– Como nuestro Código no ha regulado este tipo de obligaciones, corresponde someterlas al régimen de las obligaciones solidarias, *sólo en tanto y en cuanto* lo consienta la distinta naturaleza de las obligaciones disyuntivas. Por ello, analizaremos diversos aspectos de éstas que presentan un régimen peculiar.

790. ELECCIÓN DE ACREEDOR O DEUDOR.– Si los deudores posibles son varios, la elección del sujeto que habrá de pagar pertenece al acreedor, sin que el deudor elegido pueda oponerse a la decisión de aquél.

76

Si son varios los acreedores posibles, la elección para la recepción del pago corresponde al deudor.

En cuanto al *modo* de hacer la elección, es suficiente cualquier *declaración de voluntad recepticia* efectuada por quien tiene derecho a elegir.

791. DEMANDA DE COBRO.– Cuando son varios los deudores en alternativa, no pueden ser todos ellos demandados conjuntamente, ni subsidiariamente. Esto significa que al tiempo de demandar el acreedor tiene que pronunciarse. La demanda contra uno implica la elección del demandado como deudor, y ello libera a los demás.

792. AUSENCIA DE REINTEGRO DE LO PAGADO O DE DISTRIBUCIÓN DE LO RECIBIDO.– Esta es una consecuencia de la falta de interés asociativo, lo que es típico de esta clase de obligaciones. Por tanto, como ocurría en el célebre ejemplo de Pothier, del legado dejado a los Carmelitas o a los Jacobinos, el pago hecho a un convento liberaba al deudor sin que la congregación no favorecida pudiera reclamar nada a la otra.

793. RESUMEN.– En definitiva, las obligaciones de sujeto alternativo, no se confunden con las obligaciones solidarias. Aunque la semejanza con éstas autorice una aplicación analógica (conf. art. 16) del régimen de la solidaridad con respecto a muchos aspectos comunes, quedan las diferencias puntualizadas que son importantes.

Finalmente, resta una *cuestión de hecho*: la ubicación de cierta obligación como *solidaria o disyuntiva*. No importa tanto la gramática, que identifica a la obligación de sujeto alternativo por el empleo de la conjunción "o", sino la penetración de la real sustancia de la relación jurídica que liga a las partes.

794. QUID DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS A ORDEN RECÍPROCA.– Una parte de la doctrina considera a la obligación del banco de satisfacer los cheques librados por cualquier titular de una *cuenta a orden recíproca*, como un supuesto de obligación disyuntiva, de sujeto activo alternativo.

Para otra tendencia doctrinaria, las *cuentas bancarias a orden recíproca*, son verdaderas obligaciones solidarias.

Nosotros compartimos esta última opinión porque el banco deudor *no tiene facultad de elección* del acreedor a pagar (véase *supra*, nº 790), debiendo satisfacer la devolución del depósito a cualquiera de los titulares de la cuenta que lo reclame. Por otra parte, los titulares de la cuenta son

propietarios *conjuntos* de los fondos o efectos depositados, por partes iguales, si entre ellos no se determina una proporción distinta (conf. arts. 717 y 689); diversamente, los acreedores en alternativa no tienen la propiedad conjunta del crédito.

§ 2. Mancomunación: simple o solidaria

795. CONCEPTO DE MANCOMUNACIÓN.– Se entiende por *mancomunación* el fenómeno de estar constituida la obligación a favor de *varios acreedores* o a cargo de *varios deudores*. Las obligaciones en las que concurre ese fenómeno se denominan *obligaciones mancomunadas*. La mancomunación puede ser originaria o sobreviniente.

796. ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS.– 1º) Una *pluralidad* de sujetos activos o pasivos: es el elemento típico; 2º) un *objeto único*, debido a todos los acreedores o por todos los deudores: es esa unidad de objeto la que contribuye a afirmar que se está en presencia de una sola obligación; 3º) una *causa única* en cuanto el título en que se apoya la prerrogativa de los acreedores o de donde surge el deber de los obligados, es el mismo para todos; 4º) una *pluralidad* de vínculos que liga a las partes: es una relación obligacional única pero integrada por varios vínculos.

797. MÉTODO DEL CÓDIGO: CRÍTICA.– Aunque desde un punto de vista *teórico*, las *cuatro* especies de obligaciones conjuntas que contempla el Código a saber, divisibles, indivisibles, simplemente mancomunadas y solidarias están justificadas, bajo un enfoque *legal y práctico* suscita ese método discriminatorio una superposición de régimen de las obligaciones divisibles y simplemente mancomunadas, porque tanto la *divisibilidad* como la *simple mancomunidad* constituyen *criterios* generales que gobiernan las obligaciones de sujeto plural, en tanto no las alcancen los regímenes excepcionales de la *indivisibilidad* o de la *solidaridad*. Ello conduce a una coincidencia de régimen de las obligaciones *divisibles* con las *simplemente mancomunadas* a la que debió atender nuestro codificador para no reiterar, por separado e innecesariamente, la regulación de unas y otras obligaciones.

798. MANCOMUNACIÓN SIMPLE Y SOLIDARIA.– La mancomunación es *simple* cuando el hecho de coexistir en la obligación varios acreedores o

deudores no ha introducido asociación de intereses entre ellos: por tanto, la pluralidad de sujetos es *extrínseca* a la estructura de la obligación que sigue gobernada por el principio general de división o fraccionamiento (ver *infra*, nº 804).

La mancomunación es *solidaria* cuando la concurrencia de los sujetos activos o pasivos es un elemento *intrínseco* que hace a la *estructura unitaria* de la obligación y proyecta una *asociación de intereses* entre las personas afectadas: de ahí surge un principio de *concentración de efectos* que desplaza al principio de división propio de las obligaciones de sujeto plural.

§ 3. Obligaciones simplemente mancomunadas

799. NOCIÓN: REMISIÓN.– Son obligaciones simplemente mancomunadas las que teniendo pluralidad de sujetos no están afectadas por el principio de solidaridad. Se definen así, por exclusión.

Estas obligaciones se confunden, en cuanto a su régimen genérico, con el establecido para las obligaciones *divisibles*. Remitimos, pues, a lo que expondremos seguidamente.

§ 4. Obligaciones divisibles

800. CONCEPTO.– Son aquellas que "tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial" (art. 667). En cambio, son indivisibles cuando no pueden ser cumplidas sino por entero.

El estudio de estas obligaciones presenta tres clases de cuestiones: 1) cuál es el criterio apropiado para calificar a una obligación como divisible; 2) cuáles son los efectos que la divisibilidad imprime a la obligación; 3) cuáles son las relaciones de los coacreedores o codeudores entre sí. Pasamos a examinarlas.

A. *Criterio de divisibilidad*

801. CRITERIO DE LA CLASIFICACIÓN.– El criterio de la clasificación de las obligaciones en *divisibles o indivisibles* atiende a la *aptitud* del objeto debido de ser satisfecho por partes, de manera que cada parte conserve

proporcionalmente las cualidades y el valor del todo: cuando la adición de las prestaciones parciales equivalga en calidad y en valor a una prestación total única, verbigracia una deuda de dinero, la obligación será divisible. De lo contrario, no.

802. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO.– Los romanos consideraban que, en principio, todas las obligaciones referentes a las transferencia de la propiedad era divisibles: no sólo las que tienen por objeto *cantidades*, susceptibles de fraccionamiento material, sino también las relativas a *cuerpos ciertos*, como un caballo, pues si respecto de tales objetos no cabía división físicamente, podía tener lugar *intelectualmente*, mediante la traslación de una cuota de propiedad indivisa.

La noción de la *división intelectual* del objeto hizo camino en el antiguo derecho francés y la materia adquirió enorme complejidad. Con esa amplitud conceptual la distinción de obligaciones divisibles e indivisibles perdía interés porque todas las obligaciones resultaban divisibles.

803. CRITERIO DEL CÓDIGO ARGENTINO.– Nuestro codificador, siguiendo el pensamiento de Freitas, sólo atiende a la *posibilidad de fraccionamiento* en cuanto al *cumplimiento de la prestación debida*, para caracterizar a la obligación como *divisible*, sin tomar en cuenta la *divisibilidad intelectual*, que puede recaer sobre la *titularidad de cualquier derecho*.

804. PRINCIPIO GENERAL DE FRACCIONAMIENTO.– La *divisibilidad* de las obligaciones constituye el principio general en materia de obligaciones conjuntas, y sólo cede ante las causas que impiden el fraccionamiento, a saber, la *indivisibilidad de la prestación*, o la *solidaridad* del vínculo obligacional.

Ese principio de fraccionamiento *descompone* la obligación conjunta en tantas obligaciones como sujetos existen (arts. 674 y 691).

Lo expuesto significa que, en principio, la pluralidad de sujetos es un elemento puramente extrínseco que no trasciende al régimen de la obligación, sino provoca su desdoblamiento. Como decían los romanos, *concursu partes fiunt*: aunque la obligación aparenta ser una, en verdad, está descompuesta en tantas obligaciones aisladas, como personas haya de uno y otro lado, como acreedoras o deudoras. Así, si A concede a B y C un préstamo de $ 10.000, cada deudor le debe, no conviniéndose otra proporción $ 5.000, como si les hubiera efectuado dos préstamos separados, cada uno por esa cifra.

En virtud del principio de fraccionamiento no hay *frente común* de acreedores o deudores, y todos quedan *extraños* los unos a los otros. Ello se refleja en los efectos de la divisibilidad que habremos de puntualizar (*infra*, núms. 809 y sigs.).

805. PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE FRACCIONAMIENTO.– El juego de la virtualidad expresada no se limita al campo de las obligaciones sino que se proyecta a toda clase de derechos que admitan por su índole una atribución parcial exclusiva, a cada interesado.

806. APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE FRACCIONAMIENTO.– El Código trae diversas aplicaciones del principio de fraccionamiento: obligaciones de dar (art. 669); de hacer (art. 670); de no hacer (art. 671); alternativas (art.672). Son disposiciones reiterativas y prescindibles porque se limitan a hacer una simple aplicación del criterio de divisibilidad del art. 667 a esa clase de obligaciones, resultando *indivisibles* las obligaciones de dar cosas ciertas, de hacer y de no hacer; y *divisibles* las de dar cosas inciertas que coincidan con el número de acreedores o deudores, o de su múltiplo, las de dar sumas de dinero y las de hacer cuando la prestación se mide por el tiempo de duración o la extensión del trabajo.

Con respecto a las obligaciones facultativas y con cláusula penal, su carácter estará dado por la índole de la prestación principal. Empero, en las obligaciones con cláusula penal, puede entrar en substitución de la prestación originaria, el importe de la pena. En ese caso la obligación subsistente asumirá el carácter de divisible o indivisible que corresponda a dicha pena.

807. PRESUPUESTO DEL FRACCIONAMIENTO.– Para que funcione el principio de fraccionamiento, es indispensable que la obligación tenga *pluralidad* de sujetos, activos o pasivos (art. 673). Si el sujeto es singular no se plantea la cuestión de la divisibilidad.

808. PROPORCIÓN DEL FRACCIONAMIENTO.– La cuota de división del crédito o deuda, entre los varios acreedores o deudores se define en función del siguiente *criterio*:

a) En primer lugar, se rige la *distribución* del crédito o deuda por el *convenio* de las partes (arts. 674 y 691).

b) En segundo lugar si la pluralidad de sujetos se produce por el *fallecimiento* del acreedor o deudor singular, la distribución del crédito o deuda se realiza "entre los herederos en proporción de la parte por la cual uno de ellos es llamado a la herencia (art. 3485).

c) Por *regla general*, fuera de los supuestos expresados, el fraccionamiento de la obligación se realiza por *partes iguales* (arts. 674 y 691).

B. *Efectos de la divisibilidad*

809. I) EXIGIBILIDAD.– El principio de fraccionamiento *descompone*, desde que actúa, el objeto debido en *tantas* prestaciones como sujetos existen con calidad de acreedores o deudores. Cada acreedor tiene título para pretender cierta *prestación parcial*; cada deudor está precisado a satisfacer, también una *prestación parcial*, en comparación con el objeto global de la obligación (arts. 675 y 693).

La independencia de la pretensión de cada acreedor contra cada deudor autoriza a promover juicios separados por cobro de la parte correspondiente. Pero, por economía procesal, podrían *acumularse* las acciones múltiples en un mismo proceso que intentasen varios coacreedores, o que se entablase contra varios codeudores: a ese litigio múltiple de trámite único se lo llama "litisconsorcio", en el caso *facultativo* porque depende del arbitrio de la parte demandante. No procede el litisconsorcio si el mismo juez no es competente para entender con respecto a todas las acciones acumuladas.

No obstante la acumulación procesal a que da lugar el litisconsorcio facultativo, los créditos, y deudas divisibles, no se confunden ni concentran y por el contrario mantienen su autonomía: siempre podrían los respectivos acreedores o deudores, recibir o pagar la parte correspondiente de la obligación, sin perjuicio de las derivaciones procesales, en materia de costas, etcétera, que se hubiesen producido.

Finalmente, por esa independencia funcional de los respectivos derechos el crédito podría ser *exigible* para unos deudores y no para otros, por ejemplo, si éstos hubieran obtenido alguna espera que difiriese el vencimiento de su deuda.

810. II) PAGO.– Como consecuencia de la división de la obligación, cada deudor está obligado sólo a pagar su parte en la deuda y cada acree-

dor sólo tiene título para recibir del respectivo deudor, su parte en el crédito (art. 675).

El codeudor está precisado a pagar *más de su parte sólo* cuando ha recibido el encargo de hacerlo (art. 676). Pero ésa es una ventaja para el acreedor de la que él puede prescindir, si quiere.

811. PAGO EN EXCESO. CUÁNDO PROCEDE LA REPETICIÓN.– Toda vez que un codeudor pague *más de su parte* habrá lugar a *repetición* contra el acreedor o *accipiens*, cuando el pago sea inválido por *vicio de error*, o bien, por *falta de causa*. En cambio, siendo el pago válido, por ejemplo, el que se realiza con conocimiento del exceso en el pago, no hay lugar a la repetición, sino al *reintegro* de lo pagado por cuenta ajena: la diferencia tiene importancia por la eventual insolvencia de quienes deban restituir lo pagado con exceso que puede tornar ilusorias las acciones de recuperación, por vía de *repetición* o de *recurso*, según el caso.

Cuadra recordar que tampoco hay lugar a reintegro, si el pago en exceso se hizo *animus donandi*, para hacer una liberalidad a los otros deudores.

812. AUSENCIA DE SUBROGACIÓN LEGAL.– La prohibición establecida en la parte final del art. 693 de quedar subrogado en los derechos del acreedor que se dicta contra el codeudor que paga toda la deuda conjunta, no tiene explicación razonable en nuestro sistema legal, en el cual el tercero que paga la deuda ajena "cosintiéndolo tácita o expresamente el deudor o ingnorándolo" (art. 768, inc. 3º), se subroga legalmente en aquellos derechos.

Con respecto a esta desarmonía la doctrina más difundida entiende que el art. 768, inc. 3º, sienta un principio general: subrogación por imperio de la ley, siempre que el tercero que paga no actúe con la *oposición* del deudor. A ese principio hace excepción el supuesto de la obligación divisible: el deudor que es un tercero con relación a la parte de los demás deudores, si paga toda la deuda no se subroga en los derechos del acreedor.

Sin embargo, la ausencia de subrogación legal no impide al codeudor que ha satisfecho más de su parte recuperar el exceso mediante el reintegro que le deberán efectuar los demás deudores, de su respectiva parte. Sólo que el *título* del reintegro no consiste en el derecho del acreedor, sino en la acción de *gestión de negocios* si el pago del exceso se hizo sin conocimiento de los otros deudores; o en la acción de *mandato* si medió conocimiento de ellos; o, en fin, de *enriquecimiento sin causa*, cuando se hubiera

pagado contra la voluntad de los demás deudores, hipótesis en la cual la pretensión de reintegro estaría limitada por la medida en que ese pago les hubiera sido útil (conf. arts. 727 y 728, ver *infra*, nº 1086).

813. III) INSOLVENCIA DE ALGUNOS DE LOS CODEUDORES.– Puede ocurrir que la acción de cobro del acreedor fracase por la insolvencia de algún deudor, en cuyo supuesto es el acreedor quien resulta perjudicado, sin poder pretender que los demás deudores le cubran ese déficit (arts. 677 y 694). Este principio no rige en materia de sociedad ni de condominio (arts. 1751 y 1731, 2688 y 2690).

814. IV) PRESCRIPCIÓN.– En esta clase de obligaciones la prescripción corre separadamente a favor de cada deudor, o en contra de cada acreedor. Ello es una consecuencia de la autonomía que tienen las obligaciones parciarias comprendidas en la obligación divisible. De ahí que, supuesta una prescripción en curso, las causas de *suspensión o interrupción* actúan individualmente para cada sujeto acreedor o deudor (arts. 678, 695 y 696).

815. V) COSA JUZGADA.– La sentencia dictada contra uno de los deudores de una obligación divisible, o a favor de uno de los acreedores, no reviste autoridad de cosa juzgada para los otros codeudores o coacreedores. De ahí que esos otros deudores o acreedores, no pueden resultar beneficiados o perjudicados por una sentencia dictada en pleito ajeno a ellos.

816. VI) MORA.– Siempre por efecto del principio de fraccionamiento, el *estado de mora* en que hubiese caído uno de los deudores de la obligación divisible no implica la mora de los demás deudores (art. 697).

817. VII) CULPA.– Es un tópico que se gobierna por la característica personal de la culpa. Si ésta es la razón por la cual se imputa el incumplimiento a cada deudor para requerirle la consiguiente responsabilidad, es evidente que no cabe reprochar a unos la falta de otros (art. 697).

Por ello si la obligación lleva una cláusula penal no incurre en la pena sino el deudor que contraviene la obligación y sólo por la parte que le corresponde (art. 698).

818. VIII) NOVACIÓN.– La novación resultante del acuerdo de uno de los deudores con el acreedor, o uno de los acreedores con el deudor, por la

78

cual queda transformada la obligación primitiva en otro distinta (conf. art. 802), no afecta a los demás deudores o acreedores, que no intervinieron en el convenio: cada cual sigue siendo acreedor o deudor de su cuota originaria.

819. IX) REMISIÓN.– La remisión acordada a uno de los deudores o por uno de los acreedores sólo favorece al deudor a quien se hizo, y sólo perjudica también al acreedor que la hizo.

820. X) TRANSACCIÓN.– La transacción celebrada por uno de los acreedores o deudores no afecta a los demás que no intervinieron en el acto.

821. XI) COMPENSACIÓN.– La compensación que extingue la parte de un deudor o de un acreedor, deja intactas las partes de los otros deudores o acreedores ajenos a la *reciprocidad* de obligaciones en que se fundamenta dicha compensación.

C. *Relaciones de coacreedores o de codeudores entre sí*

822. CRITERIO LEGAL DE CONTRIBUCIÓN O DISTRIBUCIÓN.– La cuota de *contribución* de los codeudores que no satisficieron el pago excesivo, o de *distribución* del beneficio entre los coacreedores que no lo percibieron, está determinada en el art. 689, cuya vigencia se extiende para los problemas similares, a las obligaciones divisibles, indivisibles y solidarias.

De acuerdo a lo establecido en dicho precepto, para determinar la cuota de cada cointeresado en la contribución o distribución respectiva hay que atenerse al siguiente orden de prelación:

1º) En *primer lugar* hay que estar a la proporción fijada en los "títulos de la obligación" (art. 689, inc. 1º), para cada acreedor o a cargo de cada deudor, debiendo entenderse por título de la obligación el instrumento donde conste la *causa* de la obligación conjunta.

2º) En *segundo lugar*, si los títulos de la obligación nada dicen sobre el punto, hay que atender a "los contratos que entre sí hubiesen celebrado" (art. 689, inc. 1º, *in fine*), los cointeresados.

3º) En *tercer lugar*, si callasen los títulos de la obligación y nada hubieran convenido los cointeresados entre sí, "se atenderá a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las *relaciones* de los interesados entre sí, y a las *circunstancias* de cada uno de los casos" (art. 689, inc. 2º).

4º) Finalmente, "si no fuere posible reglar las relaciones de los acreedores o deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados en *partes iguales*, y que cada persona constituye un acreedor o un deudor" (art. 689, inc. 3º).

823. QUID DE LA DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS ACREEDORES.– Aunque en un primer examen del asunto pareciera que el acreedor que percibe más de su parte en el crédito divisible nada debe a los coacreedores, no cabe duda de que el Código establece en el art. 689 esa *obligación de distribución* del exceso entre los acreedores impagos.

La acción de distribución es una *acción directa* (ver *supra*, núms. 443 y sigs.) ejercida por el acreedor impago contra el acreedor que recibió el pago total, quien viene a ser un *deudor de su deudor*, en cuanto al exceso pagado, que sería un pago sin causa, por no tener título el *accipiens* para cobrarlo.

§ 5. Obligaciones indivisibles

824. CONCEPTO.– Las obligaciones "son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero" (art. 667, 2ª parte). Es un concepto que se elabora por oposición al de obligación divisible, por lo que cuanto hemos dicho acerca de su evolución histórica y recepción en el sistema de nuestro Código (*supra*, núms. 802-803) tiene acá directa aplicación.

825. QUID DE LA INDIVISIBILIDAD INTENCIONAL O CONVENCIONAL.– La *divisibilidad* de la obligación está impuesta, necesariamente, por la índole fraccionable de la prestación. Pero la *indivisibilidad* puede derivar tanto de los caracteres objetivos u ontológicos de la prestación debida cuanto de la voluntad de las partes que están autorizadas para imponer una *indivisibilidad funcional*, corrigiendo la naturaleza partible de la prestación: es el ejemplo clásico de la deuda de dinero, que asumen dos personas, de dar una fianza para que otra salga en libertad. Como en ese supuesto la integración de una parte de la suma total no sería suficiente para alcanzar la fi-

nalidad que las partes se han propuesto, ha de entenderse que cada deudor está obligado, para liberarse, a satisfacer la totalidad de la deuda, pues de otro modo el pago no resulta cancelatorio por carencia de utilidad para el acreedor.

826. La obligación convencionalmente indivisible no se confunde con la obligación solidaria.– En teoría no hay confusión entre la *solidaridad* y la *indivisibilidad subjetiva o voluntaria*.

La solidaridad califica la *estructura* del vínculo obligacional, que queda sometido al régimen peculiar de esa clase de obligaciones (véase *infra*, nº 851).

La indivisibilidad voluntaria, en cambio, *no afecta*, la estructura del vínculo, sino *define la aptitud del objeto debido* para desinteresar útilmente al acreedor respectivo: si media esa calificación convencional, habrá que entender que sólo la satisfacción "por entero" tiene esa aptitud cancelatoria. Pero es de notar que esa caracterización convencional que ubica a la obligación en la categoría de indivisible, no la convierte en obligación solidaria, y por tanto, no queda gobernada por las normas propias de la solidaridad.

A. *Aplicaciones legales del criterio de indivisibilidad*

827. Distintos casos.– El Código contiene varios preceptos dedicados a calificar como *indivisibles* las obligaciones particulares que allí se contemplan: obligaciones de dar cosas ciertas (art. 679); de hacer (art. 680); de no hacer (art. 685); de entregar (art. 681); indivisibilidad de las garantías reales (art. 682); obligación de crear una servidumbre predial (art. 683); obligación referente a un objeto común (art. 684). Véase lo que hemos expresado *supra* número 796 a este respecto.

B. *Efectos de la indivisibilidad*

828. I) Exigibilidad.– La característica *compacta* de la prestación debida hace que la *pretensión* de cada acreedor, así como el *deber de prestar* de cada deudor, se extienda a *todo* el objeto debido (art. 686).

En esta clase de obligaciones la índole compacta de la prestación provoca la *concentración* del objeto debido. Aunque, en rigor, cada acreedor no debería tener derecho sino a una parte, y cada deudor no debería satisfacer sino también su parte, la concentración del objeto le concede al

primero y le impone al segundo la satisfacción de la prestación debida por entero.

De lo expresado se sigue:

1º) Cada acreedor puede *demandar* por *separado* al deudor común o a cada deudor si hubiera pluralidad de obligados;

2º) El deudor demandado está *precisado a atender* el reclamo tal como se le formula, sin estar autorizado para citar al pleito a los demás acreedores, o a los demás deudores;

3º) Si la demanda se promoviera conjuntamente por varios acreedores, se presentaría un *listisconsorcio* facultativo, que obligaría al deudor demandado a consignar el pago a favor de todos los demandantes. Desde ya, no podría el deudor pagar a un solo acreedor, aunque fuera uno de los demandantes, porque se lo impide el *principio de prevención* (véase *infra*, nº 868). Y para desobligarse frente a todos los demandantes está precisado a pagarles *conjuntamente*, siempre como consecuencia del principio aludido: de ahí que proceda la *consignación en pago*, a favor de todos ellos (arg. arts. 757, inc. 4º y 758).

829. Indivisibilidad impropia o irregular.– Se denomina *impropia o irregular* la indivisibilidad de ciertas obligaciones que obligan a las partes a una actuación *conjunta*, contrariamente a lo contemplado en el art. 686. Por ejemplo, si tres personas compran un campo mediante un boleto de compraventa, no podría una sola de ellas entablar una demanda por escrituración, contra el vendedor, para que éste le otorgue la escritura traslativa de dominio; la demanda tiene que ser promovida por los tres acreedores conjuntos de esa obligación de dar una cosa cierta para transferir el dominio de ella, planteándose así una hipótesis de *litisconsorcio necesario*.

En las *obligaciones indivisibles irregulares*, demandado el cumplimiento por uno solo de los acreedores, puede el deudor *optar* por recabar el rechazo de la demanda en razón de carecer el actor de *legitimación activa* para deducir su acción por separado, o bien, por la *integración de la litis* con las personas cuyo concurso es necesario para la adecuada tramitación del pleito, lo cual puede consultar el interés del demandado de ventilar y definir el asunto con todos los interesados.

830. II) PAGO.– Por el carácter compacto de la prestación debida; en las obligaciones indivisibles *cada deudor* debe pagar *todo* el objeto debido; igualmente, *cada acreedor* está habilitado para recibir el pago íntegro del deudor común (art. 686).

Es de notar que el *primer pago* que se realice es *cancelatorio* de la obligación con respecto a *todos* los acreedores o deudores que hubiere: sólo se debe una prestación única cuya satisfacción disuelve el vínculo que ligaba a las partes.

831. PAGO DE OBLIGACIONES IRREGULARES.– En estos casos el pago debe hacerse *conjuntamente* por todos los deudores, o a favor de todos los acreedores. Es una consecuencia del carácter peculiar de la obligación indivisible irregular que hace que sólo tenga eficacia cancelatoria el pago hecho por todos los deudores o en presencia de todos los acreedores. De ahí que si alguno de los que deban intervenir se niegue a llenar la función que le compete, procede la *consignación judicial* pertinente, para que el pronunciamiento del juez otorgue al pago una eficacia cancelatoria que de otro modo no tendría por la falta de participación de todos los deudores en su realización o de todos los acreedores en su recepción.

832. ELECCIÓN EN EL PAGO. DERECHO DE PREVENCIÓN.– Como el pago tiene que hacerse por uno de los deudores, o a uno de los acreedores, esto plantea la cuestión de la *elección* en el pago.

Cuando son *varios los acreedores*, el deudor común puede elegir a cuál de ellos habrá de satisfacer el pago. El tiene derecho de *pagar* y lógico es que lo practique del modo que le resulte más conveniente. Pero no hay forma de elegir que no sea *pagando*. La mera declaración del deudor en el sentido de que pagará a determinado acreedor no afecta los derechos de los demás acreedores.

Sin embargo, el derecho de elegir a quien pagar, cesa si el deudor hubiera sido ya demandado por alguno de los acreedores (conf. art. 731, inc. 2º). Funciona en esa hipótesis el principio de prevención (véase *infra*, nº 868).

Cuando son *varios los deudores* cualquiera de ellos puede adelantarse a pagar, pero la intimación al acreedor para que reciba el pago, no le impide a éste recibir el pago de otro deudor, ni aun mediando demanda de consignación. No hay derecho de prevención a favor de los deudores, sin perjuicio del derecho del deudor a que se le indemnice el daño al interés

negativo, cuando fracasa en la tentativa de pago por una negativa caprichosa del acreedor.

833. III) INSOLVENCIA.– Cuando se frustra la perspectiva del acreedor indivisible de cobrar su crédito, a *causa de la insolvencia* de alguno de los deudores, quien se perjudica por ello es el acreedor común, ya que en la obligación indivisible, a diferencia del régimen de solidaridad, los deudores no son garantes los unos de los otros. Por ejemplo: si A, B y C se comprometen a enajenar un automóvil a favor de Z, y luego por su descuido el automóvil es hurtado, ellos son responsables del daño que el incumplimiento de la obligación de dar una cosa cierta para transferir el dominio de ella le causa al acreedor (conf. art. 579). Ahora bien, la indemnización es a cargo de los deudores culpables, en la proporción de su parte en la deuda, pero si alguno es insolvente y por ello la indemnización resulta, en esa parte, ilusoria, quien se perjudica es el acreedor damnificado y no los demás deudores que sólo deben su cuota de reparación.

834. IV) PRESCRIPCIÓN.– Tratándose de obligaciones indivisibles, y en oposición a las divisibles, la prescripción actúa *masivamente* con respecto a todos y cada uno de los integrantes del frente de deudores o acreedores: el curso de la prescripción *arranca*, se detiene por *suspensión* o se inutiliza por *interrupción*, para todos (arts. 688, 3982 y 3996). Bajo ese aspecto la obligación indivisible funciona, por el imperativo legal, de una manera aún más concentrada que las obligaciones solidarias, lo que no se justifica y ha sido criticado por algunos autores.

835. V) COSA JUZGADA.– Según una opinión antigua, los efectos de la cosa juzgada se *propagan* a los cointeresados ajenos al pleito. La razón de esa propagación sería la *identidad del objeto debido*, con respecto al cual los litigantes habrían representado a sus respectivos compañeros.

Una tesis menos absoluta entiende que la cosa juzgada puede ser invocada por los cointeresados ajenos al pleito, pero no puede serles opuesta, en razón de que sería dable admitir una representación tácita para mejorar la situación del representado, pero no para empeorarla.

La tendencia más generalizada en la actualidad *niega la cosa juzgada* para los cointeresados extraños al pleito: es la solución que condice mayormente con la *estructura no asociativa* de la obligación indivisible, y que no acarrea dificultades insuperables. El Código no trae una solución al respecto, por lo que corresponde adoptar esta interpretación.

836. VI) MORA.– En las obligaciones indivisibles, la *mora automática* alcanza por igual a todos los deudores, y favorece igualmente a todos los acreedores. Cuando la mora requiere para su constitución la *interpelación* del acreedor, la exigencia hecha a un deudor *no provoca* la mora de los demás deudores no interpelados, ni favorece a los otros acreedores inactivos. Igualmente, cuando la mora automática no funcionara respecto de algún deudor por el juego de algún factor impeditivo, sólo él quedaría exento de mora, y no los demás deudores.

837. VII) CULPA.– En materia de culpa, no hay diferencia con relación a las obligaciones divisibles (*supra*, nº 817). Por consiguiente, la culpa de uno de los deudores en el incumplimiento de la obligación indivisible, no compromete la responsabilidad de los demás deudores no culpables (art. 685). Así, si la cosa debida perece por la culpa de uno solo de los deudores, responde exclusivamente por la indemnización el culpable, quedando los demás liberados pues la culpa de uno es un caso fortuito para los demás. Sin culpa no hay responsabilidad, salvo en los anómalos supuestos de responsabilidad sin culpa, que ha insertado en el Código la ley 17.711 (ver *supra*, núms. 143 y sigs., *e infra*, nº 1506).

838. CULPA DE VARIOS DEUDORES.– Si el incumplimiento total o parcial fuere imputable a la *culpa de varios* deudores, todos los culpables serían *responsables* mancomunadamente pero sin solidaridad ante el acreedor por los *daños y perjuicios* irrogados a éste, y siempre quedarían exentos de responsabilidad los deudores no culpables.

839. DOLO DE UNO O VARIOS DEUDORES.– Si el incumplimiento deriva del dolo cometido por uno o varios deudores, los autores del dolo serán únicamente responsables de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Esta indemnización agravada es soportada sin solidaridad, en la *proporción* que a cada deudor autor del dolo le corresponda en la deuda, y en defecto de discriminación de porciones, por partes iguales. Pero si se trata de dolo delictual hay solidaridad.

840. CONCURRENCIA DE DOLO Y CULPA EN EL INCUMPLIMIENTO.– En esta hipótesis, la indemnización ordinaria del art. 520 es soportada frente al acreedor, proporcionalmente, por todos los responsables. En cuanto a la indemnización adicional, en razón del dolo –inejecución maliciosa o deliberada– a que autoriza el art. 521, sólo estará a cargo de los deudores que

hubieren obrado ese dolo. Todavía en las relaciones de los deudores entre sí, podrán los inocentes del dolo recuperar de los deudores obrantes del dolo, la parte de indemnización que ellos hubiesen tenido que satisfacer al acreedor común.

841. VIII) NOVACIÓN.– Difiere el alcance extintivo de la novación de la obligación indivisible, según sea realizada por acuerdo de uno de los deudores con el acreedor común o de uno de los acreedores con el deudor común.

a) En el primer caso, se extingue la obligación de los otros codeudores (art. 810). Siendo la novación un equivalente del pago, el acreedor queda desinteresado, y por consiguiente los otros deudores resultan liberados frente a él, sin estar comprometidos por la nueva obligación constituida en sustitución de la primitiva, por no haber dado su consentimiento para ello.

b) En el segundo caso, la novación consentida por *uno de los acreedores* con el deudor común no afecta a los *restantes acreedores*, porque cada acreedor no es dueño de todo el crédito. El derecho de cada acreedor de recibir el pago total –por la imposibilidad de que la prestación pueda satisfacerse de otro modo– no autoriza a una opción para extinguir la obligación de una manera distinta del pago.

842. IX) REMISIÓN DE LA DEUDA.– ¿Qué suerte corre la obligación indivisible cuando uno de los acreedores hace remisión de la deuda al deudor común, o bien cuando el acreedor hace la remisión a favor de uno de los deudores?

a) En el primer caso, es necesario el consentimiento de todos los acreedores (art. 687), pues cada acreedor no es dueño de todo el crédito, y por tanto no puede desprenderse de él en perjuicio de los demás acreedores que no han consentido la remisión. Empero la remisión, aunque inoponible a los demás, vale entre el acreedor que la hace y el deudor, produciéndose un *desdoblamiento* del crédito que se *extingue* por obra de la remisión frente al acreedor que la hizo, quedando éste al margen de la relación obligacional, y al propio tiempo *subsiste* con respecto a los otros acreedores que no efectuaron la remisión.

b) En el segundo de los supuestos contemplados, atendiendo a la independencia de vínculos que caracteriza a las obligaciones indivisibles,

no hay razón para que se extienda el beneficio hecho a un solo deudor a los demás deudores. Empero, la remisión total a favor de un solo deudor origina la variante de las obligaciones contrapuestas: por un lado, los deudores no favorecidos con la remisión siguen obligados a pagar por entero la prestación indivisible; pero, *paralelamente*, pueden pretender del acreedor el pago del *valor* de la parte en la deuda correspondiente al deudor favorecido por la remisión, con la que éste habría tenido que contribuir, de no mediar su liberación. Es lógico que ese beneficio no pueda redundar en menoscabo de los demás deudores no favorecidos y que el acreedor que lo hizo tenga que soportar la mengua correspondiente.

843. X) TRANSACCIÓN.– "La transacción hecha por uno de los interesados, ni perjudica ni aprovecha a tercero ni a los demás interesados, aun cuando las obligaciones sean indivisibles" (art. 851).

El criterio del Código se justifica por varias razones: a) la transacción es *res inter alios acta* para los cointeresados ajenos a ella; b) la transacción implica renuncias recíprocas a las que debe aplicarse el mismo criterio de independencia que hemos expuesto con relación a la renuncia o remisión; c) la transacción tiene para quienes la acordaron fuerza de cosa juzgada (art. 850) y ya hemos visto (*supra*, nº 835) que en materia de obligaciones indivisibles la cosa juzgada es inoponible a los cointeresados ajenos al pleito.

844. SÍNTESIS FINAL. CRITERIO DE PROPAGACIÓN.– El estudiante ha de tener presente que la índole compacta de la prestación que forma el objeto de la obligación indivisible impone la propagación de los *efectos concernientes a ese objeto*, de uno a otro acreedor o deudor. Pero si se trata de efectos no ligados al objeto debido, recupera su predominio el régimen de mancomunidad que corresponde a una obligación con pluralidad de sujetos, y han de aplicarse soluciones semejantes a las de las obligaciones divisibles.

Por relacionarse con el *objeto debido* se propagan de uno a otro acreedor o deudor los efectos de la exigibilidad y del pago, y las consecuencias de la novación hecha por el acreedor con uno de los deudores. Ocurre lo mismo con la prescripción, porque el legislador, con poca lógica, así lo impone.

En cambio, por no relacionarse con el objeto debido, no se propagan los efectos de la insolvencia de algún deudor, de la cosa juzgada, de la mora, de la culpa, de la novación consentida por *uno* de los acreedores y

de la remisión o quita hecha por uno de los acreedores o a favor de uno de los deudores.

Lo expuesto resulta evidente cuando el *objeto* debido queda sustituido por una cosa divisible, por ejemplo una suma de dinero en concepto de indemnización; en este caso la obligación deja de ser indivisible y se gobierna por las reglas de las obligaciones divisibles.

C. *Relaciones de coacreedores o de codeudores entre sí*

845. CRITERIO LEGAL DE DISTRIBUCIÓN O CONTRIBUCIÓN.– La cuota de *contribución* de los codeudores que no satisficieron el pago de la obligación indivisible, o de *distribución* del beneficio inherente a ese pago entre los acreedores que no lo percibieron, está determinada por el art. 689, que hemos comentado *supra*, número 822. Como ese precepto se aplica tanto a las obligaciones divisibles como a las indivisibles, remitimos a lo dicho en ese lugar. Sólo aclaramos que como en las obligaciones indivisibles el objeto pagado no es fraccionable, no es dable concretar una *distribución o contribución en especie*. En las relaciones internas de los deudores o acreedores lo que importa es el *valor* de la prestación pagada o percibida, y es sobre ese valor, eminentemente divisible, que juegan las cuotas de contribución o distribución.

§ 6. Obligaciones solidarias

846. CONCEPTO.– Las obligaciones solidarias son aquellas en que "la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores" (art. 699).

La *estructura* de la obligación solidaria hace surgir un *frente común* de acreedores o deudores. Lo típico de estas obligaciones es que cada individuo de ese frente puede comportarse, en principio, como un acreedor o deudor singular con respecto a la *totalidad* del objeto. Ello está impuesto por la *virtualidad del título* de la obligación.

847. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: TEORÍA DE LA CORREALIDAD.– El concepto expresado se ha originado en la *correalidad* del Derecho Romano. Para evitar la división del objeto debido entre *varios* acreedores o deudores, las partes podían contraer obligaciones *correales*, que recaían sobre

toda la prestación, en provecho de *cualquier acreedor* o a cargo de *cualquier deudor*. Se entendía que había allí *pluralidad de vínculos* que permitía a cada uno de los sujetos ser acreedor o deudor, y *unidad de objeto* que hacía proyectar para todos la extinción sobrevenida con relación sólo a un acreedor o deudor.

848. QUID DE LA OBLIGACIÓN *IN SOLIDUM*.– Los romanos distinguían las obligaciones *correales* de las obligaciones *in solidum*. Estas constituían un fenómeno ajeno a toda idea de convención, consistente en el deber de reparar el daño causado por varios, a cargo de cada culpable obligado por el todo, porque la responsabilidad de cada uno no podía disminuirse en razón de la responsabilidad de los demás. Se veía ahí una solidaridad imperfecta, que nacida a propósito de los delitos se la extendió al supuesto en que varias personas incurrían en responsabilidad contractual o extracontractual, por un dolo o culpa común.

Entre las obligaciones correales o de solidaridad perfecta, y las obligaciones *in solidum* o de solidaridad imperfecta, había estas diferencias: 1º) en las primeras jugaba una estipulación o promesa de solidaridad, en las segundas no; 2º) en la obligación correal concurrían varios vínculos en una sola obligación, mientras en las obligaciones *in solidum* había tantas obligaciones como sujetos existían, aunque todas las obligaciones distintas recaían sobre un mismo objeto, y derivaban del mismo hecho; 3º) la *litis-contestatio* trabada con un acreedor o deudor comprendido en la obligación correal, extinguía la obligación con respecto a los demás acreedores o deudores, lo que no ocurría tratándose de obligaciones *in solidum*.

849. EVOLUCIÓN POSTERIOR.– La distinción romana de la solidaridad *perfecta e imperfecta* dio amplio margen a la ulterior discusión de los autores. Pero la doctrina dominante ha negado esas dos especies de solidaridad, afirmando, con razón, que el concepto de obligación solidaria es unívoco, y no se presta a una dualidad que el derecho civil desconoce, puesto que determina un régimen uniforme para las obligaciones solidarias.

En nuestro derecho, casi unánimemente, se ha desechado la existencia de una solidaridad imperfecta. En el Código Civil argentino hay un tipo único de solidaridad, gobernado por los arts. 699 y siguientes.

850. CARACTERES DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.– Los rasgos distintivos de estas obligaciones son los siguientes: a) pluralidad de sujetos activos o pasivos; b) unidad de prestación; c) unidad de causa, pues el deber de prestar de todos los deudores, o la pretensión de todos los acreedores, deriva del mismo título o hecho justificante; d) pluralidad de vínculos concentrados o coligados, rasgo típico de las obligaciones solidarias; e) carácter expreso de la solidaridad, pues para que exista debe convenirse expresamente en términos inequívocos o bien la ley debe declarar expresamente la solidaridad (art. 701), razón por la cual toda duda al respecto implica ausencia de solidaridad.

851. PLURALIDAD DE VÍNCULOS CONCENTRADOS O COLIGADOS.– En la obligación solidaria hay *pluralidad de vínculos* que relacionan a los deudores con los acreedores que hubiere.

Los *distintos vínculos* personales que integran la obligación solidaria, no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí, como ocurre en la obligación simplemente mancomunada. Están *concentrados o coligados*, en cuanto convergen en un haz que infunde a la obligación una *estructura unitaria*: lo que acontece a uno de los vínculos se *propaga*, en principio, a los demás vínculos paralelos.

Para explicar esa *propagación de efectos* entre los *distintos vínculos* integrantes de la obligación solidaria se acude a la idea de *representación*: la energía jurídica que brota del título creador de la solidaridad suscita un *frente común* de acreedores o deudores. De ahí que lo que haga alguno de los integrantes del frente en *cuanto tal*, es decir, en lo concerniente al *dinamismo ordinario* de la obligación, se impute igualmente a los demás cointeresados. Es que frente a la otra parte de la relación jurídica, cada acreedor o deudor inviste, dentro de ese marco, la *representación de ese interés comunitario* que está en la base de la solidaridad, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que corresponde en las relaciones de los cointeresados entre sí. Aunque no haya mandato entre ellos su representación recíproca está en la lógica de su interdependencia.

852. CONSECUENCIAS DE LA PLURALIDAD DE VÍNCULOS.– La pluralidad de vínculos origina importantes consecuencias.

a) Por lo pronto, la obligación puede ser pura y simple para un acreedor o deudor, y para otros "condicional o a plazo, o pagadera en otro lugar" (art. 701). Las modalidades que enuncia este precepto no son las

únicas posibles. Puede instituirse un *cargo* que grave a un solo deudor; pueden devengarse *intereses* compensatorios con respecto a un sujeto; y podría *limitarse* la solidaridad hasta cierto monto con respecto a un acreedor o deudor.

b) Otra consecuencia de la pluralidad de vínculos se advierte por la posibilidad del juego de la *nulidad parcial*: la invalidez del vínculo determinada por la *incapacidad* de un acreedor o deudor no afecta la validez de la obligación con respecto a los demás integrantes del respectivo grupo, que fueren capaces, para quienes la obligación sigue siendo solidaria (art. 703).

c) Relacionado con el tópico precedente se presenta la nulidad proveniente de un *vicio de la voluntad*. Si alguno de los deudores ha padecido un *error esencial* o ha sido víctima de *dolo principal* o de *violencia*, el acto jurídico obrado por él es *anulable* (conf. nuevo art. 954, 1ª cláusula, y art. 1045, 4ª cláusula). Pero esa invalidez no afecta la eficacia de la obligación solidaria con respecto a los demás sujetos de ella, ajenos a tales vicios.

d) Otra consecuencia de la pluralidad de vínculos se refiere a la posibilidad de que el acreedor *renuncie a la solidaridad* con respecto a alguno solo de los deudores, en cuyo caso la obligación continúa siendo solidaria para los demás, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad (art. 704).

e) Finalmente, se advierte la pluralidad de vínculos de que tratamos, en el juego de la *independencia de defensas* que pueden hacer valer los distintos obligados, según lo previene el art. 715 (ver *infra*, nº 899).

853. FUNDAMENTO Y FINALIDAD.– La solidaridad se fundamenta en el *interés común* que ha presidido la constitución de la obligación a favor o a cargo de varias personas, y que ha llevado a aglutinar los distintos vínculos personales para el mejor servicio de aquel interés.

Aparece así, claramente, cuál es la *finalidad* de la solidaridad, que es un medio instituido para la mejor consecución de ese interés común a los varios acreedores o deudores. Esa es la función económico-jurídica de la solidaridad que propende a la mayor seguridad del acreedor en las deudas solidarias y a la facilidad del pago tratándose de créditos solidarios.

854. FUENTES.– La solidaridad emana de la *voluntad* de las partes que han constituido la obligación o de la *ley*.

La voluntad de las partes es la fuente más importante de la solidaridad. Puede ser *convencional* cuando la estructura comunitaria de la obligación proviene del contrato o acuerdo de las partes al respecto; o *testamentaria* si la solidaridad ha sido impuesta por la voluntad del testador, a cargo de sus herederos o a favor de legatarios.

La segunda fuente de la solidaridad es la *ley*, que la establece no caprichosamente, sino por advertir en la realidad la existencia de un *interés asociativo* que justifica la *estructura comunitaria* impuesta a la respectiva obligación.

No hay solidaridad activa de origen legal; la solidaridad legal siempre es pasiva.

855. PRUEBA DE LA SOLIDARIDAD.– Por su carácter excepcional, la solidaridad de *origen voluntario* –contrato, testamento– debe ser probada por quien la alega, y a falta de tal prueba, habrá de estimarse que la obligación es simplemente mancomunada. En cuanto a los medios de prueba, rigen los principios generales, ya que no hay modificación de ellos en esa materia. En lo que se refiere a las presunciones, si bien la solidaridad no se presume y debe ser instituida expresamente, puede recurrirse a la prueba de presunciones para demostrar que la solidaridad se convino expresamente.

856. EXTINCIÓN DE LA SOLIDARIDAD.– Cesa la solidaridad por la *renuncia* que de ella haga el acreedor, si se trata de una solidaridad pasiva; o por el *convenio* del deudor con alguno o todos los acreedores, si la solidaridad es activa. En esos supuestos no está en juego la subsistencia de la obligación, que queda intacta, sino la virtualidad de la obligación subsistente, que habrá dejado de ser solidaria con respecto a los deudores, o acreedores, para los cuales haya cesado la solidaridad, quedando tal obligación como simplemente mancomunada con relación a ellos.

La *renuncia* de la solidaridad puede hacerse a favor de *todos* los deudores, denominándose entonces *absoluta o general*; o bien en beneficio de alguno de los deudores: renuncia *relativa o individual*. Bajo otro ángulo, la renuncia puede ser *expresa o tácita*: es expresa si la manifestación de la voluntad de renunciar es positiva y practicada con la intención de exteriorizarla en ese sentido; es tácita si resulta de actos que permiten conocer

con certidumbre la existencia de la voluntad del acreedor de renunciar a la solidaridad. El "único" caso que indica el art. 704 no es tal.

857. A) RENUNCIA ABSOLUTA O GENERAL.– La renuncia de la solidaridad con este alcance tan amplio no suscita dificultades: ella opera una novación en la obligación primitiva que queda cambiada en su estructura, pasando a ser una obligación simplemente mancomunada (art. 704, 1ª parte).

858. B) RENUNCIA RELATIVA O INDIVIDUAL.– Tiene lugar cuando la innovación en la estructura de la obligación se produce sólo con respecto a alguno o algunos de los deudores, sin alterarse para los demás, para quienes continúa como solidaria con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad (art. 704, 2ª parte).

En cuanto a la *forma* de esta renuncia no se duda que puede ser *expresa o tácita*.

859. EL RECLAMO PARCIAL.– El modo tácito de renunciar que contempla el art. 705, última cláusula, es el *reclamo de sólo su parte* a un deudor. Al respecto, no es necesario que el reclamo consista en una demanda judicial, sino que basta el *requerimiento extrajudicial* a un deudor, de su parte, para convertir la obligación en simplemente mancomunada respecto de él.

860 OTROS MODOS DE RENUNCIA TÁCITA.– El art. 705, última cláusula, alude a otros modos de renunciar a la solidaridad ("o de otro modo hubiesen consentido en la división"), y entre ellos la *aceptación* de un pago parcial que coincide con la *parte* de la deuda a cargo del *solvens*. Se estima que si el acreedor le recibe a un deudor el pago de *su parte*, sin reserva alguna, le dispensa de la solidaridad y agota su pretensión contra él.

Si el pago parcial efectuado por un deudor no coincide con la cuantía de su parte, en principio ha de estimarse que no hubo renuncia, ya que ella no se presume; para admitir lo contrario habría que persuadirse de la intención del acreedor de renunciar.

861. RETRACTACIÓN DE LA RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD.– Como toda renuncia, la que versa sobre el carácter solidario de la obligación puede retractarse mientras no hubiese sido aceptada por el respectivo beneficiario (conf. art. 875). Esto reza para cualquier renuncia a la solidaridad, absoluta, o relativa, expresa o tácita.

862. CONSECUENCIAS DE LA RENUNCIA RELATIVA A LA SOLIDARIDAD.– La renuncia a la solidaridad que favorece sólo a uno o algunos de los deudores, *escinde la unidad* de la obligación que con respecto a las partes a quienes afecta dicha renuncia pasa a ser *simplemente mancomunada*, manteniéndose *solidaria* con relación a los sujetos ajenos a esa renuncia.

a) Con respecto al deudor beneficiario de la extinción de la solidaridad, su deuda queda disociada de la obligación de los demás deudores, y reducida a la parte individual que recaía sobre él. De ahí se sigue que ese deudor ya no responde *frente al acreedor* de la insolvencia de los demás deudores, pues rigen entre ellos las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas.

b) Con respecto a los otros deudores ajenos a la extinción de la solidaridad, la renuncia tiene como única consecuencia la *reducción* de la deuda total en la parte del beneficiario de esa renuncia, como si tal parte hubiese sido pagada (art. 704, 2ª parte, cláusula final). Se ve, entonces, que la dispensa de la solidaridad equivale a un pago parcial, con relación a los demás deudores ajenos a esa dispensa.

c) En cuanto a las *relaciones entre los codeudores entre sí*, no son afectadas por la dispensa de la solidaridad con que haya sido beneficiado alguno de los deudores (ver *infra*, nº 893).

863. C) CONVENIO DE EXCLUSIÓN DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA.– Tratándose de solidaridad *activa* no es suficiente la simple renuncia de algunos de los acreedores a la solidaridad, para que se siga la división de la obligación respecto de él. Para ello es menester llegar al *convenio* celebrado por todos los acreedores con el deudor, que produce la novación de la obligación.

Si el convenio es concretado por el deudor con *alguno* de los acreedores, la deuda sólo se divide con respecto a ese acreedor, permaneciendo solidaria con relación a los demás acreedores. Por tanto éstos pueden requerir el pago de la totalidad de la deuda sin que obste a ello aquel convenio que no les afecta (arg. art. 1195, *in fine*).

864. EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD. DIVISIÓN.– Los efectos jurídicos de la solidaridad deben ser estudiados, separadamente, con relación a las distintas especies de solidaridad, *activa o pasiva*. Con respecto a ellas, cua-

82

dra distinguir los efectos entre las partes y los efectos entre los cointeresados entre si, acreedores o deudores.

A. *Solidaridad activa*

865. NOCIÓN E IMPORTANCIA.– La solidaridad es activa cuando la obligación está constituida a favor de varios acreedores, cada uno de los cuales tiene título para pretender la totalidad de la prestación debida.

La importancia de esta clase de solidaridad es bastante escasa. Presenta el inconveniente de dejar a los acreedores a merced de cualquiera de ellos que cobre el importe total del crédito, y luego se lo apropie o lo disipe. La ventaja de esta solidaridad, que consiste en brindar la posibilidad de que sólo uno de los acreedores se ocupe de tratar con el deudor y obtener el cobro de la deuda, puede ser lograda con un simple mandato que tiene riesgos menores, pues puede ser revocado en cualquier momento por el mandante.

I. EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LAS PARTES

866. CLASIFICACIÓN.– Los efectos de la solidaridad activa se distinguen en *necesarios o primordiales y accidentales o secundarios*. Los primeros son inherentes al carácter solidario de la obligación y no podrían ser modificados por las partes sin alterar la estructura de la obligación. Los segundos, aunque corresponden a la normalidad de la solidaridad, no hacen a la esencia de ella y por tanto pueden modificarse por acuerdo de partes sin alterar la índole de la obligación que seguiría siendo solidaria.

867. A) EFECTOS NECESARIOS O PRIMORDIALES.– I) DERECHO AL COBRO TOTAL.– El art. 705, primera parte, establece la facultad de los acreedores para reclamar, *conjunta o separadamente*, del deudor, el pago total de la deuda. Correlativamente el deudor, que tiene el deber de pagar de esa manera, tiene el derecho de hacerlo a cualquiera de los acreedores (art. 706, 1ª frase). Y llegado el caso, si el acreedor elegido para recibir el pago se negara a recibirlo, el deudor podría demandarlo judicialmente por consignación en pago.

868. LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE COBRO: PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.– El derecho del deudor de elegir el acreedor a quien desee hacerle el pago,

cesa cuando ha sido demandado judicialmente por algún acreedor que le requiere el cobro: en tal caso se concentra el derecho de cobrar, por un *principio de prevención*, en el acreedor demandante y el deudor no puede pagarle sino a él (art. 706).

El *fundamento* del principio de prevención ha de verse en la "toma de posesión del crédito" que implica la demanda judicial *notificada*, pues mientras el deudor no la conozca puede pagar válidamente a cualquier acreedor. Como dice el codificador en la nota al art. 706, el deudor no "podría inutilizar la acción deducida en juicio, pagando a otro, pues que el acreedor que lo ha demandado lo ha hecho a nombre y en representación de todos". Sería un abuso del deudor, en esa situación, prescindir del acreedor que lo hubiera demandado.

En cuanto a los *requisitos* del funcionamiento de la prevención son dos: 1º) la *demanda judicial* de algún acreedor, no bastando para configurar el excluyente derecho de cobro del reclamante, un requerimiento privado; 2º) la *notificación* de esa demanda, pues mientras el deudor no la conociera podría pagar válidamente a cualquier acreedor.

869. II) EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR PAGO U OTRO MODO EQUIVALENTE.– En la obligación solidaria, cualquier modo de *satisfacción* del interés de uno de los acreedores determina la extinción de la obligación con respecto a los restantes acreedores. Esa consecuencia está señalada con relación al *pago* por el art. 706. También está expresada con referencia a la *novación, compensación o remisión* de la deuda, por el art. 707 luego de la reforma de la ley 17.711.

Esta propagación de efectos se explica porque el deudor sólo está obligado a satisfacer una vez el objeto debido, y al cumplir con un acreedor salda su deuda y queda liberado con respecto a todos. Esta es una clara derivación de la *unidad* del objeto sobre el cual convergen los vínculos que ligan comunitariamente a los sujetos de la obligación solidaria.

El art. 707 no menciona a la *dación en pago*. Empero, hay acuerdo de la doctrina en concluir que la dación en pago debe asimilarse a una novación (ver *infra*, nº 1142). Luego, cuanto dice el art. 707 con respecto a la novación, se aplica a la dación en pago.

En cuanto a la *transacción*, omitida por el art. 707, se refiere a ella el art. 853: "La transacción hecha con uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta, y recíprocamente la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sino por su parte en el crédito".

La interpretación adecuada del art. 853 es la siguiente: en *principio*, la transacción consentida por uno de los acreedores solidarios no rige para los demás. Empero esa pauta tiene *dos excepciones*: 1) los demás acreedores no comprometidos por la transacción pueden optar por ella (arg. "puede ser invocada por los otros", art. 853), y entonces la transacción rige para ellos, en cuanto a sus ventajas y desventajas; 2) el deudor puede *oponer* la transacción a los acreedores ajenos a ella, pero *sólo por la parte del acreedor que transigió*. La ley 17.711 suprimió del art. 707 a la *confusión*, con lo cual ha facilitado la adecuada comprensión del sistema legal. En efecto, la confusión entre uno de los acreedores y el deudor sólo produce una *extinción parcial* de la obligación solidaria respecto de ese acreedor, como claramente lo señala el art. 866. En cambio, la inclusión de la confusión en el art. 707 hacía pensar que se producía la extinción total de la obligación solidaria.

870. B) EFECTOS ACCIDENTALES O SECUNDARIOS. I) PÉRDIDA INCULPABLE DEL OBJETO DEBIDO.– Si el objeto debido perece sin culpa del deudor, la obligación se extingue para todos los acreedores solidarios (art. 709).

871. II) INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.– De acuerdo con lo dispuesto en el art. 713, cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, aprovecha a los demás.

El *fundamento* de la disposición reside en la defensa del interés comunitario latente en esta clase de obligaciones: cuanto realice un solo acreedor en la protección de ese interés común, favorece a los demás, que se estiman representados por aquél en lo que concierne a la utilidad colectiva.

En cambio, no hay propagación de la *suspensión* de la prescripción entre los acreedores, pues la suspensión es un beneficio personal que sólo favorece al acreedor comprendido en el respectivo supuesto.

872. III) DEMANDA DE INTERESES.– Con respecto a la solidaridad activa, el Código no trae una disposición similar a la del art. 714 referente a la solidaridad pasiva (ver *infra*, nº 882). Pero es indudable que rige la misma solución, esto es, reclamados los intereses por uno de los acreedores, ellos integran también la pretensión de los demás acreedores. Esta conclusión se fundamenta en primer lugar en la noción de representación que no cabe excluir en materia de intereses. Por otra parte, los intereses son accesorios del capital, y quien tiene derecho a éste lo tiene con respecto a aquéllos. Por último, siendo los intereses un derivado de la mora, se propagan como ella.

873. IV) COSA JUZGADA.– Con anterioridad a la ley 17.711, el Código no contemplaba cuál era la eficacia de una sentencia que hiciera cosa juzgada para un acreedor frente a los demás acreedores. Ante ese silencio los pareceres no eran uniformes, aunque prevalecía la opinión según la cual, en principio, la sentencia pronunciada en juicio promovido con un solo acreedor, hacía cosa juzgada con relación a los demás acreedores, salvo que el pronunciamiento se hubiera dictado en base a circunstancias personales del demandante, o que el deudor tuviera defensas personales contra los acreedores ajenos al pleito. Sin embargo, los proyectos nacionales de reforma integral del Código Civil, se apartaron de la opinión dominante, por la gravitación de la opinión de Bibiloni, quien ha señalado con razón que "la sentencia nunca produce efectos *contra* las personas que no fueron parte en el juicio. Pero puede y debe tenerlos a su favor". Por ello, si la única persona que puede alegar no haber sido oída se apoya en la sentencia, la contraparte que *sí* intervino en el juicio, no puede hacer cuestión al respecto.

A fin de llenar el vacío legal, la ley 17,711, siguiendo el criterio de los proyectos de reforma completó el art. 715 con el siguiente agregado: "La cosa juzgada recaída en juicio, es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el juicio".

Hay que destacar, sin embargo, que la autorización a favor de los coacreedores, para invocar la cosa juzgada recaída en un juicio en que no han intervenido, *no es absoluta*. Siempre podrá el deudor oponerles las excepciones personales que tuviere frente a cada uno de ellos.

874. V) MORA DEL DEUDOR O UN ACREEDOR.– Si el deudor cae en mora con respecto a un acreedor, queda en principio constituido en mora con relación a los otros acreedores. Aunque a diferencia del supuesto de solidaridad pasiva contemplado en el art. 710 (ver *infra*, nº 884), el Código no se refiere explícitamente al juego de la mora en la solidaridad activa, creemos que si el deudor está en mora con relación a uno de los acreedores, lo está también respecto de los demás que tienen contra él un derecho de cobro expedito.

83

Si en la solidaridad pasiva la mora de un deudor implica la mora de los demás deudores (art. 710), lo mismo corresponde decidir acerca de la solidaridad activa. La calificación de la conducta del deudor moroso es indivisible y funciona frente a todos los acreedores.

En cuanto a la mora de uno de los acreedores, ella implica la mora de los demás frente al deudor. Aunque el Código no trae definición del punto, nos parece clara esa solución porque los acreedores son deudores del deber de cooperar para que el obligado pueda cumplir lo debido y bajo ese enfoque deben ser gobernados por los principios sobre la "comunicación" de la mora que rige a los deudores solidarios (ver *infra*, nº 884).

875. VI) INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.– Cuando está comprometida la responsabilidad del deudor, por el incumplimiento de la obligación, todos los acreedores tienen derecho al resarcimiento de los *daños y perjuicios comunes* que hayan sufrido, debiéndose esa indemnización por el total (art. 711).

El presupuesto de la indemnización contemplado por la ley, es la pérdida de la cosa "por el hecho o culpa de uno de los deudores" o cuando "se hallase éste constituido en mora" (art. 710). Empero, siempre que resulte comprometida la responsabilidad del deudor (ver *supra*, nº 81), recaerá sobre él el deber de indemnizar de acuerdo con los principios generales que no son alterados por el art. 711.

Respecto del *titular* de la indemnización, tienen derecho a ella *todos los acreedores* que hayan sufrido perjuicios, como consecuencia del incumplimiento del deudor que ha comprometido su responsabilidad.

Se trata de daños *comunes*, es decir, de los que soporta cualquier persona, y por ello, también, cualquiera de los acreedores, como "consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 520).

Los daños *propios* o particulares de algún acreedor quedan al margen del art. 711. No podrán ser pretendidos por los acreedores ajenos a esos daños, so pretexto de tratarse de una obligación solidaria, porque siempre podría el deudor oponerles como defensa concerniente a la persona del presunto damnificado, la falta de acción.

En cuanto a la *entidad* del daño resarcible, depende del tipo de conducta obrada por el deudor, cuya responsabilidad es más o menos extensa según que haya obrado con *culpa o dolo*.

Finalmente, en cuanto al *modo* de satisfacer la indemnización, será por el *total de su monto*. Así resulta del art. 711, que autoriza a los acreedores a demandar la indemnización "del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal", es decir por el total.

II. RELACIONES INTERNAS DE LOS COACREEDORES ENTRE SI

876. CUESTIÓN DE CONTRIBUCIÓN.– Cuando uno de los acreedores ha percibido la prestación pagada por el deudor, o se ha beneficiado de la utilidad inherente a esa prestación mediante una compensación, o la ha transmutado por la novación de la obligación primitiva, se plantea la cuestión de saber si sólo ese acreedor resultará beneficiado por esos hechos, o si también los otros acreedores aprovecharán tales resultados, y en qué proporción. Esa es la *cuestión de distribución*.

Los romanistas han discutido cuál era el criterio del Derecho Romano. Para unos autores, el acreedor que recibía el pago nada debía compartir con los demás acreedores salvo que éstos justificaran el título a la participación, sociedad, mandato, etcétera. Otros autores conceptuaban que por el hecho de haber constituido la obligación solidariamente ya tenían los acreedores título a la participación. Esta interpretación es la adoptada por el Código Civil francés.

877. SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO.– Nuestro Código mantuvo la idea del interés comunitario entre los acreedores. Así lo expresan los arts. 708 y 717. El primero de ellos sienta el *principio de participación* de todos los acreedores solidarios en el beneficio del crédito. El segundo de esos preceptos delimita la *medida* del beneficio, y consiguientemente la *cuota de distribución* entre los acreedores de lo percibido por uno de ellos.

a) El *principio de participación* está claramente consagrado por el art. 708: "El acreedor que hubiese cobrado el todo o parte de la deuda y que hubiese hecho quita o remisión de ella, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos".

El precepto indica como presupuesto del derecho a hacer efectiva esa parte, el *pago total o parcial* hecho a un acreedor, y la *quita o remisión* de la deuda efectuada por un acreedor. Empero no es una enunciación taxativa, y *cualquiera sea el modo por el cual se satisface* la pretensión de un acreedor, incluso la novación y la compensación ello hace surgir la

deuda interna del mismo, frente a los demás acreedores, por la parte correspondiente a cada cual.

En cuanto a la *quita o remisión parcial* efectuada por uno de los acreedores, no da lugar a reclamo alguno de los otros contra él, sino por el excedente de su parte en el crédito.

b) Las relaciones de los acreedores entre sí, se reglan de conformidad con lo dispuesto en el art. 689 (art. 717). Como ya nos hemos ocupado de estudiar la regulación de las relaciones internas entre acreedores, establecida por el art. 689, remitimos a lo dicho en ese lugar (*supra*, núms. 822 y 823).

Finalmente, hay que destacar que el principio de participación, reflejado por los arts. 708 y 717 es meramente presuntivo, y no atributivo del derecho de los acreedores, ya que es posible desvirtuar esa suposición legal, demostrando que, en verdad, no hay tal interés común, y que el crédito pertenece a sólo uno de los acreedores.

B. *Solidaridad pasiva*

878. NOCIÓN E IMPORTANCIA.– La solidaridad es pasiva cuando la obligación resulta contraída por varios deudores, cada uno de los cuales está precisado a satisfacer al acreedor la totalidad de la prestación debida, bien entendido que el cumplimiento de uno libera a todos.

Esta especie de solidaridad tiene gran importancia práctica siendo su empleo muy frecuente, pues llena la función de una garantía; el acreedor queda a cubierto de la insolvencia de algún deudor, pues siempre podrá dirigir su acción por el todo contra alguno de los obligados que sea solvente. Fuera de ello, puede acumular su pretensión, contra el deudor que él elija, sin necesidad de dividir el crédito, lo que le representa una evidente facilidad de cobro. Todo ello hace de la solidaridad pasiva un mecanismo sumamente eficaz que estimula la difusión del crédito con el consiguiente incremento de las actividades económicas y de los negocios.

I. EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD PASIVA ENTRE LAS PARTES

879. A) EFECTOS NECESARIOS O PRIMORDIALES.– I) DERECHO AL COBRO TOTAL. El acreedor de la obligación pasivamente solidaria tiene *título* para pretender la totalidad de la prestación debida, sea a todo el frente de deudores –suscitándose así un litisconsorcio facultativo–, sea a uno cualquiera de ellos (art. 705): es la típica virtualidad de la solidaridad.

Cuando el acreedor demanda a uno solo de los deudores, agota con ello su derecho a requerir el cobro a los demás deudores, salvo que el deudor demandado resulte insolvente: es el principio de *prevención a la inversa* contemplado en la tercera parte del art. 705.

El acreedor está facultado también a autolimitar su pretensión a la parte de cada deudor (art. 705, 2ª cláusula). Este reclamo parcial implica la *renuncia* a la solidaridad respecto del demandado (ver *supra*, núms. 858 y sigs.).

880. II) EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR PAGO U OTRO MODO EQUIVALENTE.– Como en la hipótesis análoga de la solidaridad activa, que ya hemos estudiado (*supra*, nº 869), cuando el acreedor es satisfecho, por cualquier medio con relación a su interés en el crédito, la obligación se extingue con respecto a todos los deudores, aunque uno solo haya dado esa satisfacción al acreedor. Como en tal supuesto se presentan contingencias semejantes a las consideradas con relación a la solidaridad activa, remitimos a lo expuesto en ese lugar (*supra*, nº 869).

881. B) EFECTOS ACCIDENTALES O SECUNDARIOS. I) PRESCRIPCIÓN.– Difiere el funcionamiento de la prescripción, según que se trate de la *iniciación, de la interrupción* o de la *suspensión* del término de prescripción de la acción referente a la obligación solidaria.

a) En cuanto a la *iniciación* del curso de la prescripción, es común a todos los deudores con respecto a los cuales el acreedor esté en condiciones de hacer valer su derecho.

b) Estando en curso la prescripción para todos los deudores, "cualquier acto que interrumpa la prescripción.. contra uno de los deudores.... perjudica a los demás" (art. 713). Es una regla que concuerda con la del art. 3994. Remitimos a lo dicho *supra*, número 871.

c) La *suspensión* de la prescripción no se propaga en sus efectos de uno a otro deudor, pues como hemos visto, la suspensión es un beneficio personal.

882. II) DEMANDA DE INTERESES.– "La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto

de todos" (art. 714). Es menester apuntar que se trata de *intereses moratorios*, es decir originados en la mora. Si se trata de intereses *compensatorio o retributivos* (ver *supra*, nº 677), correrían desde que actuara la causa productora o sea el préstamo, etcétera, con independencia de toda demanda del acreedor.

De la índole *moratoria* de esos intereses derivan dos consecuencias: a) el deudor que no está en mora no adeuda tales intereses; b) si el deudor está en mora, que es lo que importa, adeuda los intereses moratorios, aunque el acreedor no haya entablado demanda alguna.

883. III) COSA JUZGADA: LEY 17.711.– En el número 873 hemos transcripto el párrafo que la ley 17.711 agregó al art. 715. Ello significa que los codeudores que no han sido parte en el juicio seguido por el acreedor contra un deudor solidario, pueden desconocer la sentencia dictada en ese litigio, por no tener para ellos autoridad de cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el pleito y para quien sí tiene valor de cosa juzgada.

884. IV) MORA.– Tratándose de la solidaridad pasiva, se plantea la cuestión de saber si la mora de uno de los codeudores solidarios ubica en estado de mora, también, a los demás, o sí, por el contrario, la calificación relativa a la mora se aprecia, separadamente, para cada deudor. Asimismo interesa conocer si el acreedor que incurre en *mora accipiendi* frente a uno de los deudores por no haberle aceptado el pago o no haber cooperado para que pudiese satisfacerlo (ver *supra*, nº 105), cae también en mora con relación a los otros deudores que no intentaron el pago.

a) Acerca de la primera cuestión, debe señalarse que la mora de un deudor implica la de los demás deudores, puesto que el art. 710 establece que si la cosa se perdiera luego de hallarse uno de ellos constituido en mora, los otros responden. Ahora bien, como no hay responsabilidad sin mora, es decir, sin que promedie incumplimiento jurídicamente relevante (ver *supra*, nº 84), admitida por el art. 710 la responsabilidad de todos los deudores solidarios, se ha aceptado también que la mora de uno de los deudores implica la de los demás frente al acreedor. En caso contrario no se justificaría tal responsabilidad.

En cuanto a la medida de esa responsabilidad, ¿existe alguna diferencia entre el deudor que fue constituido en mora y los demás? Si sólo jugara el art. 710, habría que contestar afirmativamente a esa pregunta, pues dicho precepto sólo dice que "los otros codeudores están obligados a pagar el equivalente de la cosa" perecida. Sin embargo, la conclusión de que *todos* los deudores responden por los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, está impuesta por el art. 711, que rige "el caso del artículo anterior", disponiendo que "la indemnización de pérdidas e intereses" pueda "ser demandada... del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal". Esto es, por la totalidad de la indemnización a cualquiera de los deudores responsables.

b) La mora del acreedor por la falta de su cooperación para que alguno de los deudores pueda pagar, queda establecida con relación a todos los deudores. Si el pago de uno es liberatorio de todos los deudores, se sigue de ahí que los efectos más limitados de la tentativa de pago, fracasada por culpa del acreedor, tienen que alcanzar también a todos los deudores. Así lo afirman explícitamente los proyectos de reforma integral del Código Civil.

885. V) CULPA.– La culpa de uno de los deudores en el incumplimiento de la obligación, compromete la responsabilidad de todos los deudores (art. 710). Es un principio análogo al referente a la mora, y que da lugar a las mismas consecuencias. Remitimos, pues, a lo dicho en el número anterior.

886. QUID DEL DOLO DE UNO DE LOS DEUDORES.– El incumplimiento doloso de la obligación como *hecho* imputable a quien lo obra (conf. art. 710), compromete la responsabilidad de los compañeros, en los términos *ordinarios* que son los que juegan en el marco de la representación. El dolo, en sí mismo, es personal de quien lo comete, e incomunicable a los otros deudores cuya responsabilidad no es agravada por lo peculiar de ese hecho. Por tanto el acreedor damnificado dispone de *dos acciones* resarcitorias: una, relativa a un *resarcimiento común u ordinario*, contra cualquiera de los deudores; otra, por reparación del *incremento del daño* provocado por el *dolo* –consecuencia mediata de la inejecución deliberada de la obligación–, contra el autor del dolo, exclusivamente.

887. VI) INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.– Cuando queda comprometida la responsabilidad de los deudores en los términos explicados en los números anteriores, el acreedor puede hacerla valer por el *total* de la indemnización (art. 711). Es claro que el acreedor será indemnizado una sola vez, porque el pago que realice uno de los deudores será cancela-

torio de la deuda similar contraída por los otros, sin perjuicio de las acciones de regreso o recursorias que pueda entablar contra éstos, el *solvens*.

II. RELACIONES INTERNAS DE LOS CODEUDORES ENTRE SI

888. PRINCIPIO DE CONTRIBUCIÓN.– En razón de que la solidaridad pasiva plantea entre los deudores cuestiones similares a las que hemos estudiado entre los acreedores (*supra*, núms. 876 y sigs.), nuestro Código ha consagrado muy claramente el principio de *contribución* en el art. 716: "La obligación contraída solidariamente respecto de los acreedores, se divide entre los deudores, los cuales entre sí no están obligados sino a su parte y porción".

Lo expuesto significa que nuestro Código acepta presuntivamente la existencia de un interés común de los deudores solidarios, lo que justifica que si uno solo ha pagado toda la deuda los demás le quedan obligados a satisfacerle la parte que a ellos corresponde.

889. MEDIDA DE LA CONTRIBUCIÓN.– ¿Cuál es la *parte y porción* de la deuda solidaria que en las relaciones internas de los obligados entre sí, corresponde a cada deudor, y que determina la *medida de su contribución?* El art. 716 no lo define, pero ello queda aclarado por el art. 717, que a su vez remite a lo dispuesto por el art. 689, que ya hemos estudiado. Remitimos, por lo tanto, a lo expuesto *supra*, números 822 y siguientes.

890. ACCIONES RECURSORIAS O DE REGRESO.– Para hacer efectiva la contribución de cada deudor, según la parte y porción que a cada cual toca, el deudor que ha hecho el pago dispone de acciones *recursorias* o de *regreso*, que responden a un doble fundamento técnico.

a) El reintegro puede basarse en la *particular* relación jurídica que liga a los codeudores entre sí, sociedad, fianza, etcétera.

b) Fuera de estas acciones, el *solvens* puede pretender el *reembolso* de lo que ha satisfecho por cuenta de los codeudores, fundado en la subrogación en los derechos del acreedor que le confiere el art. 768, inc. 2º, al "que paga una deuda a la que estaba obligado con otros o por otros". Es una subrogación legal (conf. art. 767), que sólo autoriza al *solvens* a ejercer los derechos y acciones del acreedor contra sus coobligados "hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda" (art. 771, inc. 3º).

c) Ambas acciones recursorias o de regreso –la fundada en la *relación interna* que vincula a los codeudores entre sí y la basada en el *pago con subrogación*– pueden entablarse separada o acumulativamente, según fuere la conveniencia del *solvens* que pretende el reintegro.

891. DIVISIÓN DE LA ACCIÓN RECURSORIA.– La acción recursoria o de regreso, se *divide* entre los deudores pasibles de ella, según la "parte y porción" (art. 716) de cada obligado. La misma solución reiteran los arts. 689, inc. 1º y 771, inc. 3º.

Esto significa que la solidaridad de la deuda sólo existe a favor del acreedor, pero se *disuelve* luego de haber quedado él desinteresado: el *solvens* que lo subroga en sus derechos puede pretender todo lo que correspondía al acreedor –hasta la concurrencia de su propio desembolso, conf. art. 771, inc. 1º– *menos* el carácter solidario del crédito subsistente contra los coobligados.

El fundamento de esta limitación es de orden práctico: sería engorroso y antieconómico autorizar una subrogación por el remanente del crédito, con la sola deducción de la parte del *solvens*, contra cualquiera de los otros deudores, pues ello originaría una prolongada *cadena de acciones*.

892. INSOLVENCIA DE UN CODEUDOR.– Puede ocurrir que la acción recursoria fracase por la insolvencia de alguno de los deudores, que así, deja insatisfecha su parte y porción en la deuda. ¿Quién soporta ese déficit? ¿El *solvens* que desinteresó al acreedor, o todo el frente de deudores solventes? Aquí se advierte el interés comunitario que está latente en la obligación solidaria y que asocia a todos los deudores en una suerte común, en cuanto a las derivaciones de la liquidación de la deuda. El art. 717, última parte, es categórico al respecto: "Si alguno de los deudores resultare insolvente, la pérdida se repartirá entre todos los solventes y el que hubiese hecho el pago".

893. INSOLVENCIA Y DISPENSA DE LA SOLIDARIDAD.– Cuando el acreedor ha dispensado de la solidaridad a alguno de los deudores, se plantea la cuestión de saber que influencia ejerce ese hecho en la reliquidación de la cuota de contribución a cargo de otro deudor solidario, que resulta insolvente. ¿Se reparte la cuota del insolvente entre todos los demás deudores

originarios, incluido el dispensado de la solidaridad? En tal caso, ¿la cuota del déficit que corresponde al deudor eximido de la solidaridad, ha de ser soportada por él, o por el acreedor que lo dispensó de esa solidaridad y contra quién debería dirigirse entonces, la acción de contribución?

a) En cuanto a la primera cuestión, la dispensa de la solidaridad no puede agravar la condición de los deudores que continúan siendo solidarios, sin su conformidad. Tal exclusión de la solidaridad es para ellos *res inter alios acta*. Luego, no se altera su contribución para enjugar el déficit provocado por la insolvencia de alguno de los deudores, por el hecho de haber sido dispensado de la solidaridad otro de los obligados originarios. De ahí que para determinar la cuantía de la participación de cada uno de los deudores en ese déficit, hay que contabilizar la "cuota o porción" de todos en la deuda originaria, inclusive del deudor que fuera dispensado de la solidaridad.

b) En cuanto a la segunda cuestión, la doctrina, casi unánimemente, sostiene que el *solvens* puede demandar al deudor liberado de la solidaridad la contribución que le corresponde en el déficit provocado por la insolvencia de alguno de los deudores.

Es que las *relaciones internas* de los deudores entre sí, no se ven alteradas por la incidencia de actos de terceros, como es la dispensa de solidaridad concedida por el acreedor a uno de ellos. Tal dispensa sólo juego entre las partes de ella, es decir el acreedor y el deudor favorecido, pero no afecta a los demás deudores, salvo en cuanto a la impropia reducción de la deuda solidaria que imponen los arts. 704 y 705, en su cláusula final. Por ello, es indiscreto entrometer al acreedor en las relaciones de los deudores entre sí, sin perjuicio de que *en definitiva* pueda ser, en algún caso, el acreedor quien tenga que soportar, de rebote, la cuota del déficit provocado por la insolvencia de alguno de los deudores, correspondiente a la parte del deudor dispensado de la solidaridad.

894. QUID DE LA REMISIÓN INDIVIDUAL DE LA DEUDA.– Entendemos que aquel deudor a quien el acreedor le perdonó su parte en la deuda solidaria sigue vinculado a los otros deudores, en cuanto a las relaciones *internas* mantenidas en ellos, puesto que a ese respecto la remisión ni quita ni pone.

Sin embargo, hay una *variante* importante en cuanto a la incidencia final de la contribución a cargo del beneficiario de la remisión. Pues como él nada debe, siempre puede volverse contra el acreedor mediante una acción de regreso para que éste le reintegre la contribución que debió satisfacer para enjugar el déficit originario por la insolvencia de un compañero.-

895. CONTRIBUCIÓN EN CASO DE PAGO PARCIAL.– Si el pago parcial *no excede* de la parte que toca en la deuda al *solvens*, ese pago no da derecho a contribución alguna a cargo de los demás deudores. La razón de esa negativa reside en el principio interno de división de la deuda entre los deudores, "los cuales entre sí no están obligados sino a su parte y porción" (art. 716). Por tanto, el *solvens* en ese caso, y con relación a los compañeros, no ha hecho un pago común que alivie la parte de cada deudor en la deuda: de ahí que no pueda pretender contribución alguna.

Si el pago parcial *excede* la parte del *solvens* en la deuda, hay derecho a contribución por el exceso, que se prorratea entre los demás deudores en proporción a la cuota de cada uno con abstracción de la propia cuota del *solvens*. Esto último se explica porque el exceso en cuestión se imputa, en las relaciones internas de los deudores entre sí, a las partes de los deudores que no efectuaron el pago.

896. CONTRIBUCIÓN PROVENIENTE DE COMPENSACIÓN, NOVACIÓN O DACIÓN EN PAGO.– En todos los casos, y aunque el art. 717 sólo se refiere al pago, no se duda de la procedencia del reintegro a que tiene derecho el deudor que originó la extinción de la obligación solidaria. El ha beneficiado a sus compañeros, al liberarlos de la deuda que pesaba sobre ellos. Y aunque no pueda alegar subrogación en los derechos del acreedor, es evidente que el principio del enriquecimiento sin causa le autoriza a requerir una contribución a sus compañeros que han aprovechado del bien suyo sacrificado para cancelar la deuda común a todos.

La *medida de la contribución* está dada por el *quantum* de la proporción de cada deudor en la deuda común que se ha cancelado. Es decir que la cifra computable es la de la deuda solidaria y no la de los valores que hayan servido para cancelarla.

897. AUSENCIA DE LA CONTRIBUCIÓN.– En algunos supuestos el *solvens* que paga al acreedor, en exceso sobre su propia parte interna de la deuda, *carece de acción recursoria* contra sus compañeros.

a) Así ocurre si sobreviene la *confusión* entre el acreedor y uno de los deudores, lo que origina la extinción parcial de la deuda solidaria en la medida de la cuota correspondiente a ese deudor (conf. art. 866).

b) Si la *remisión* hecha a uno de los deudores ha sido *gratuita*, tampoco hay lugar a contribución.

c) Tampoco hay acción de contribución contra los compañeros en materia de *delitos civiles*. Esta negativa de la posible acción de reintegro se basa en el principio que veda alegar la propia torpeza para fundar un derecho.

898. PRESUPUESTO DE LA CONTRIBUCIÓN.– Es un *presupuesto* de la contribución que pretenda un deudor contra los demás, el *previo* pago de la deuda, o el sacrificio del bien que se ha consumado –compensación, novación, dación en pago– para cancelar la obligación de todos. No podría aquel deudor, enfrentado a la contingencia del pago, verbigracia, si el acreedor lo ha demandado judicialmente, requerir *por anticipado* una contribución que no iría a enjugar un desembolso todavía no realizado. La acción de contribución supone la previa exoneración del contribuyente frente al acreedor (art. 717); por tanto, no procede si todavía no media cancelación de la deuda solidaria. Lo cual no obsta para que quien tenga que hacer el desembolso pueda recabar de los compañeros las *medidas precautorias* que lo protejan de una ulterior insolvencia de ellos, con arreglo a los principios generales que amparan a los acreedores condicionales.

C. *Efectos comunes a la solidaridad activa y pasiva*

899. A) DEFENSAS COMUNES Y PERSONALES.– La *pluralidad de vínculos* coligados que existe en la obligación solidaria, influye decisivamente en la diferenciación de las defensas que cada cointeresado puede oponer a la parte adversa. Hay defensas que amparan a cualquier integrante del frente común de acreedores o deudores, aunque el hecho en que se funden haya provenido de uno de ellos. En cambio otras defensas resultan oponibles por sólo algunos deudores o acreedores. Finalmente, resta considerar la influencia que la admisión de tales defensas personales ejerce sobre la obligación subsistente con respecto a los sujetos extraños a ellas.

900. PRINCIPIO LEGAL: ART. 715.– Este precepto dispone que "cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor, todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores. Puede oponer también las que le sean personales, pero no las que lo sean a los demás deudores".

Pese a referirse el artículo a la solidaridad *pasiva*, sienta un principio igualmente aplicable a la solidaridad *activa*. Esa inteligencia resulta incuestionablemente del agregado hecho a este artículo por la ley 17.711 comprensivo de una y otra clase de solidaridad.

901. DEFENSAS COMUNES.– Son las que conciernen a la *obligación en sí misma*, y que por ello afectan a todos los vínculos que la constituyen como solidaria, y consiguientemente a todo el frente común de cointeresados.

Entran en esa categoría: 1º) la *nulidad* de la obligación por una causa que toca a todos los interesados, verbigracia objeto ilícito; 2º) las *modalidades* de la obligación, referentes a todos los vínculos en juego; 3º) los modos de *extinción absoluta* de la obligación, como el pago, la novación, la compensación, la remisión total de la deuda, la imposibilidad de pago y la prescripción.

902. DEFENSAS COMUNES Y COSA JUZGADA.– Con el agregado hecho al art. 715 por la ley 17.711, se limita la autoridad de la cosa juzgada a los intervinientes en el pleito. Por tanto, un pronunciamiento desfavorable no afecta a otros integrantes del frente común, ajenos al pleito y pueden ellos renovar una defensa común antes rechazada. Y a la inversa, si la sentencia les es favorable, pueden invocar la autoridad de la cosa juzgada contra la otra parte que haya intervenido en el juicio, sin necesidad de replantear la misma defensa y correr ahora el riesgo de su rechazo.

903. EXCEPCIONES PERSONALES.– Son aquellas que sin tocar a la obligación en sí, afectan al vínculo de alguno de los cointeresados, con respecto al cual puede haber una *nulidad parcial* (conf. art. 1039), o una *resolución* o una *cesación* del respectivo vínculo, o la *suspensión o postergación* de sus efectos.

Se indican como supuestos de excepciones personales; 1º) la nulidad causada por circunstancias personales de algunos de los cointeresados, como su incapacidad; 2º) las modalidades de la obligación que sólo afectan a uno de los cointeresados; 3º) la dispensa individual de la solidaridad; 4º) las causas de extinción parcial de la obligación.

Las excepciones personales pueden ser alegadas por los cointeresados a quienes ellas se refieren pero no por otros integrantes del mismo frente común que sean ajenos a ellas (conf. art. 715 *in fine*).

86

904. EXCEPCIONES PERSONALES APROVECHABLES POR LOS DEMÁS COINTERESADOS.– Cuando las excepciones personales de algunos de los integrantes del frente común de acreedores o deudores inciden en la *disminución del objeto* debido, ellas, en esa medida, aprovechan a los demás cointeresados, aunque en rigor éstos son ajenos al hecho que motiva la excepción. Hay aquí una derivación de la *unidad de objeto* de la obligación solidaria, lo que hace que retaceado ese objeto por la deducción de la cuota correspondiente a un deudor, queda disminuida la deuda, en esa proporción, para los demás deudores.

Son, en esa medida, aprovechables las excepciones personales fundadas: a) en la *remisión individual* de la deuda; b) en la *dispensa de la solidaridad* hecha a favor de uno de los deudores; c) en la *confusión* producida entre el acreedor y uno de los deudores, o entre el deudor y uno de los acreedores.

En estas situaciones, por excepción a lo dispuesto en el art. 715, primera parte, *in fine*, los interesados ajenos a los hechos mencionados, pueden *alegarlos y probarlos* para disminuir en igual proporción la deuda solidaria subsistente.

905. B) LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA O PASIVA.– Puede acontecer el *desdoblamiento* del carácter de la obligación solidaria que conservando ese carácter con respecto a algunos de los cointeresados, pasa a ser simplemente mancomunada con relación a otros. Así acontece cuando ocurre la *dispensa de la solidaridad* en favor de alguno de los deudores, como hemos visto (*supra*, nº 858); y cuando sobreviene el *fallecimiento* de algún acreedor o deudor solidario. Fuera de ello cabe recordar (*supra*, nº 890) que el pago practicado por un deudor solidario, origina la *subrogación* en los derechos del acreedor, salvo en cuanto a la solidaridad del crédito subsistente que se *divide* entre los demás deudores. Empero, ese desvanecimiento de la solidaridad no es completo, porque funciona una garantía recíproca por la insolvencia de algún deudor, que no tendría explicación si se tratase de una obligación pura y simplemente mancomunada. Es una limitación de los efectos de la solidaridad que hemos estudiado *supra*, número 892. Igualmente ocurre con el pago a uno de los acreedores solidarios, que da derecho a los demás a percibir una cuota de distribución de la utilidad inherente a ese pago (*supra*, nº 877).

906. LIMITACIÓN DE LA SOLIDARIDAD POR FALLECIMIENTO DE UN COACREEDOR O CODEUDOR.– Al respecto dice el art. 712: "Si falleciere alguno de los acreedores o deudores, dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos no tendrá derecho a exigir o recibir, ni estará obligado a pagar sino la cuota que le corresponda en el crédito o en la deuda, según su haber hereditario".

El *fallecimiento* de un codeudor o coacreedor, introduce una importante variante en la obligación solidaria, tanto en la *estructura*, como en la *cuantía* del crédito, o deuda, de cada heredero del acreedor o deudor fallecido. Ese fallecimiento tiene virtualidad *cualitativa* y asimismo *cuantitativa*.

a) La *estructura* de la obligación experimenta un *desdoblamiento* pues mientras continúa siendo *solidaria* entre los cointeresados primitivos y los herederos de alguno de ellos, que por razón de la sucesión habida se ha incorporado a la relación obligacional, se desvanece esa solidaridad entre los herederos aludidos entre sí que no son copartícipes de un crédito o deuda *común*, sino, cada uno, acreedor o deudor de una obligación *distinta* de la de su coheredero, provenientes todas del *fraccionamiento* de la obligación del causante.

b) Aunque el fallecimiento de uno de los cointeresados en la obligación solidaria no muda su naturaleza, cuando varios herederos entran en la relación obligacional en sustitución del acreedor o deudor fallecido, se produce el fraccionamiento entre ellos del *monto* del crédito o deuda. Es una consecuencia de orden *cuantitativo* como lo pone de manifiesto el artículo 712.

D. *Paralelo con las obligaciones indivisibles*

907. INDEPENDENCIA.– No es posible confundir a las obligaciones *solidarias* con las *indivisibles*: unas y otras responden a una concepción distinta (*supra*, nº 784), que, lógicamente, se refleja en un régimen diferente que ya hemos descripto. Empero, es indudable que esas obligaciones presentan ciertas *analogías y diferencias*.

908. ANALOGÍAS.– a) Pluralidad de sujetos; b) una misma causa; c) un mismo objeto debido; d) pluralidad de vínculos; e) la misma imposibilidad de fraccionar el objeto debido; f) la misma posibilidad de elegir a quien pagar, entre los acreedores, e igual cesación de esa facultad por el juego del principio de prevención, cuando alguno ha demandado al deudor común; g) la misma posibilidad de elegir a quien exigir el pago entre

los deudores; h) el mismo efecto cancelatorio de la obligación, producido por el pago, o la novación convenida por el acreedor común con alguno de los deudores; i) el mismo efecto interruptivo de la prescripción operado por la demanda de algún acreedor o contra algún deudor.

909. DIFERENCIAS.– a) En cuanto al *criterio de la distinción*, la diferencia es muy nítida: la solidaridad es una virtualidad impuesta por el *título* de la obligación, que imprime a ésta la *estructura* unitaria que la caracteriza. En cambio la indivisibilidad, es una imposición resultante de la *índole del objeto* debido, que no puede parcelarse a favor de cada acreedor, ni suministrarse de ese modo fraccionado por cada deudor.

b) En la obligación solidaria, la *novación* hecha por alguno de los acreedores extingue la obligación primitiva con respecto a todos; no así tratándose de obligaciones indivisibles, en las que uno de los acreedores no puede alterar el crédito de los demás. Igualmente acontece en materia de *remisión* de la deuda.

c) La *compensación* propaga su efecto extintivo con respecto a todos los acreedores o deudores solidarios, pero no tiene aplicación en materia de obligaciones indivisibles.

d) La *transacción* no es comunicable en sus efectos a los acreedores o deudores de una obligación indivisible ajenos a ella. En cambio, tratándose de obligaciones solidarias, puede ser la transacción invocada por ellos, pero no ser opuesta contra ellos.

e) La *mora* y la *culpa* se propagan en las obligaciones solidarias; no ocurre así en las obligaciones indivisibles, en las que cada cual sólo responde de su propia conducta.

f) La *indemnización de daños y perjuicios* se adeuda por la totalidad, por cada responsable, si la obligación es solidaria. Si es indivisible, la indemnización queda a cargo, proporcionalmente, sólo de quienes fueren responsables.

g) La *insolvencia* de un deudor solidario no perjudica al acreedor sino a los otros deudores; mientras lo contrario ocurre en la obligación indivisible.

h) La *suspensión de la prescripción* es un beneficio individual que no se extiende a favor de otros acreedores solidarios ajenos al hecho que

la motiva. Inconsecuentemente, siendo la obligación indivisible, la suspensión que favorece a una acreedor aprovecha también a los demás, en virtud de que el Código así lo impone (ver *supra*, nº 834).

i) La *cosa juzgada* sólo afecta en las obligaciones indivisibles a los acreedores o deudores que han sido parte en el juicio. En cambio, siendo la obligación solidaria, la cosa juzgada puede ser también invocada por los acreedores o deudores ajenos al pleito, pero no ser alegada contra ellos.

j) Las *defensas* oponibles contra el acreedor de una obligación indivisible, son las personales del deudor que las hace valer, y las comunes a todos los deudores, pero no las personales de otro deudor. En cambio, tratándose de obligaciones solidarias, también son oponibles estas últimas cuando redundan en una disminución del objeto debido.

k) La *confusión* con respecto a un acreedor o deudor de la obligación indivisible, no afecta a los demás acreedores o deudores. Si la obligación es solidaria, tal confusión extingue la cuota parte de los acreedores o deudores en quienes concurre la doble calidad, y consiguientemente reduce en igual medida la obligación subsistente, con relación a otros acreedores o deudores.

l) La *muerte* de un acreedor o deudor solidario produce la división del crédito o deuda entre los herederos del difunto, en la proporción de sus respectivas partes hereditarias. Contrariamente, el mismo hecho no influye en el funcionamiento de la obligación indivisible y los respectivos herederos están precisados a reclamar o satisfacer la totalidad de la prestación.

ll) La solidaridad se extingue por *renuncia*. En cambio, la indivisibilidad, que está impuesta por la naturaleza compacta de la prestación, no es susceptible de renuncia, pues no depende de la voluntad de las partes.

§ 7. Obligaciones concurrentes

910. NOCIÓN.– Estas son las mal llamadas *obligaciones in solidum*. Consisten en obligaciones que tienen un *mismo acreedor e identidad de objeto*, aunque diversidad de *causa y de deudor*: así, las obligaciones que pesan sobre el culpable de un incendio y sobre la compañía aseguradora que asumió el riesgo de la cosa asegurada contra incendio. Hay un *solo*

acreedor que es el dueño de la cosa incendiada; un *mismo objeto*, la reparación del daño producido en la cosa por el incendio; una *distinta* causa de ambas obligaciones, que para el culpable del incendio es el *hecho ilícito* y para el asegurador el *contrato de seguro*; y *dos deudores* diferentes, el autor del hecho ilícito y el asegurador.

911. DIFERENCIAS DE RÉGIMEN CON LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.– El funcionamiento de las obligaciones solidarias y concurrentes, es muy diferente:

a) La obligación *solidaria* es *una sola*, aunque por su índole asociativa está constituida por varios vínculos que ligan interdependientemente a cada deudor con cada acreedor. Las obligaciones *concurrentes son varias* –dos o más– conjugadas entre sí por tener el mismo *objeto* y existir a favor del mismo *acreedor*.

b) En las obligaciones solidarias hay relaciones internas de los deudores entre sí, que se gobiernan por el principio de contribución (ver *supra*, núms. 888 y sigs.). En cambio, en las obligaciones concurrentes no juega el principio de contribución.

c) En las obligaciones solidarias la prescripción actúa con el efecto masivo que ya conocemos (*supra*, núms. 871 y 881). En cambio, en las obligaciones concurrentes la prescripción actúa independientemente para cada deudor.

d) En las obligaciones solidarias la culpa de un deudor se propaga a los demás, mientras que ello no ocurre en las obligaciones concurrentes.

e) Tampoco hay en las obligaciones concurrentes la propagación del estado de mora, lo que es característico de las obligaciones solidarias.

f) Es interesante apuntar la diferencia existente entre las obligaciones solidarias y concurrentes cuando se produce la *extinción* de la deuda con respecto a un deudor. Mientras ello implica la liberación de los demás deudores solidarios frente al acreedor (*supra*, nº 869), no ocurre otro tanto si se trata de deudas concurrentes, pero independientes entre sí: acá la extinción de una deuda en principio no influye sobre las demás. Empero, si el pago agota el derecho del acreedor, ello puede dejar sin causa a las otras deudas concurrentes, puesto que el acreedor no puede aprovechar un pago doble; en cambio, si juega una extinción que no satisface al acreedor, las demás deudas no se alteran. Así si el acreedor hace *remisión* de la deuda a uno de los deudores, ello no modifica la obligación de otro deudor concurrente.

g) Finalmente, una última diferencia se relaciona con el *efecto subrogatorio del pago*. Mientras el pago hecho por un deudor solidario lo subroga en los derechos del acreedor contra los otros deudores (art. 771, inc. 3º), no ocurre subrogación alguna si la deuda es concurrente. En este caso el que paga *no es un tercero* que pueda invocar los beneficios del pago con subrogación (arg. art. 767, 1ª parte), sino un deudor que paga la deuda propia. Tampoco es un deudor que tenga un obligación *compartida con otros*, pues las deudas de todos los obligados son independientes: luego no cabe invocar el art. 768, inc. 2º.

912. CONCURRENCIA PARCIAL.– Puede haber concurrencia parcial de obligaciones que teniendo identidad de acreedor y diversidad de causa y de deudor tienen en parte un mismo objeto. Así ocurre cuando se produce, por ejemplo, un daño del cual responden dos personas, una por acción y otra por omisión: juegan entonces, dos obligaciones resarcitorias –no una obligación solidaria– que pueden tener un objeto parcialmente distinto si alguno de los responsables tiene una deuda mayor que el otro. En tal caso si el damnificado obtiene total reparación por el pago de uno de los deudores, queda cancelado su crédito contra el otro; pero si el deudor que debe menos paga la totalidad de su deuda, todavía el acreedor dispone de acción contra el otro deudor por la parte no cubierta del daño mayor que estaba sólo a cargo de este último obligado.

CAPÍTULO VI

TRANSMISION Y RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

I. TRANSMISION DE LA OBLIGACION

913. CONCEPTO.– La transmisión de la obligación es un fenómeno no jurídico que se presenta cuando tiene lugar una sustitución en la persona del acreedor o del deudor siempre que la causa de ese fenómeno se relacione con la persona del sujeto que ha quedado sustituido. La transmisión supone un *contenido* que permanece idéntico –la obligación es la misma– y un cambio en el elemento personal del acreedor o deudor. Si también cambiara la obligación no habría *transmisión* sino *novación*.

914. DIVERSAS CLASES.– Según el criterio de clasificación que se adopte resultan diversas clases de transmisión:

a) Según el *origen* la transmisión puede ser *legal* como la sucesión *ab-intestato*, o *voluntaria*, como la que resulta de un contrato de cesión de créditos.

b) Según la *extensión* del título la transmisión es *universal*, cuando comprende todo o una parte alícuota del patrimonio; o *singular* cuando se aplica a uno o más bienes particulares.

c) Según la *causa* que la opera la transmisión es *mortis causa* como el legado de crédito; o por *acto entre vivos* como la que resulta de un contrato.

915. PRINCIPIO GENERAL DE TRANSMISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN.– Una obligación es transmisible cuando tiene la aptitud de ser sustituida en al-

guno de sus elementos personales, sin alteración de su sustancia. En principio, todos los derechos y obligaciones son transmisibles, especialmente por causa de muerte del acreedor o deudor. Cuando se trata de actos entre vivos, se admite sin dificultad la transmisión de la calidad de acreedor (art. 1444); en cambio presenta mayores problemas la transmisión de la calidad de deudor, a tal punto que la generalidad de las legislaciones no acepta la transmisibilidad de las deudas por actos entre vivos, sin el consentimiento del acreedor.

916. LIMITACIONES AL PRINCIPIO GENERAL DE TRANSMISIÓN.– El principio general mencionado no es absoluto, porque la transmisión de algunos derechos y obligaciones de un sujeto a otro puede determinar la ruina de ese derecho. Por ello no son transmisibles las obligaciones inherentes a la persona del acreedor o del deudor ya se trate de que lo sean por su naturaleza o por una disposición de la ley. Nos hemos ocupado del punto con anterioridad (ver *supra*, nº 415).

917. TRANSMISIÓN HEREDITARIA. DERECHO ROMANO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– Originariamente el Derecho Romano no concebía que el vínculo tan personal existente entre acreedor y deudor pudiera subsistir entre personas diferentes. Ese concepto varió pronto con respecto al caso de muerte; primero para los créditos y luego para las deudas se aceptó su transmisión a los herederos de las partes. En este resultado gravitó la idea de la continuación de la persona: y así como se admitió que el heredero se colocara en el lugar del causante en cuanto al culto religioso, se aceptó luego que también ostentará el carácter de acreedor o deudor que tenía el causante.

La idea de continuación de la persona pasó a gran parte de los códigos, entre ellos el Código Napoleón. Sólo algunos códigos modernos han cuestionado esta idea; prescindiendo de su indudable fundamento moral, estos códigos como el alemán, ven en la sucesión sólo una transmisión de bienes, que no implica que el heredero continúe la persona del causante ni responda con sus propios bienes de las deudas del fallecido. Esta nueva concepción que debilita la unidad moral y jurídica de la familia es recogida por la ley 17.711: como regla general el heredero no continúa la persona del causante (nuevo art. 3363).

918. REGLAS LEGALES.– La transmisión hereditaria de los créditos y de las deudas fue reglamentada por el Código Civil sobre la base de que

"el heredero... continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor..." (art. 3417). Sólo mediante un acto expreso de voluntad podía el heredero variar esa situación: aceptando la herencia bajo beneficio de inventario respondía de las deudas del causante únicamente con los bienes transmitidos. La ley 17.711 ha adoptado la regla inversa al presumir que toda aceptación de herencia se hace bajo beneficio de inventario (nuevo art. 3363); únicamente cuando el heredero renuncia ese beneficio o infringe las prohibiciones legales se confunden en una sola masa los patrimonios del causante y del heredero. Como la ley 17.711 no ha modificado ni derogado otros artículos del Código basados en la idea de la continuación de la persona se plantean delicados problemas de interpretación cuyo análisis excede el marco de la presente obra.

II. CESION DE CREDITOS

919. ANTECEDENTES ROMANOS Y EXTRANJEROS.– Si bien el Derecho Romano aceptó fácilmente la transmisión de las obligaciones *mortis causa*, el proceso, en cambio, fue lento en cuanto a la cesión de créditos por actos entre vivos. Hacia la época de la República sólo se admitía el cambio de acreedor por la novación; más tarde se imaginó lograr el resultado de la cesión mediante la *procuratio in rem suam*: el acreedor daba *poder* al cesionario para que demandara el cobro del crédito eximiéndolo de rendir cuentas. Este artificio no dejaba de tener inconvenientes porque el poder era susceptible de ser revocado por el acreedor y también se extinguía por la muerte de éste. Fue en el Imperio que se consolidó la situación del cesionario dándole el pretor *acciones útiles* cuando no podía hacer valer el poder, y consolidando el efecto de la cesión a partir de la notificación al deudor cedido.

El derecho moderno admite sin dificultad la cesión de créditos por su innegable utilidad: con ella el acreedor a plazo puede cobrar de inmediato vendiendo el crédito al cesionario; puede ceder el crédito dándolo en pago de una deuda; en fin, puede evitarse las molestias y gastos de la cobranza que tomará a su cargo el cesionario, naturalmente con alguna deducción en el precio.

920. SISTEMA DEL CÓDIGO: CRÍTICA.– El Código trata de la cesión de créditos en la sección destinada a los contratos. Pensamos que el método

es equivocado. Por un lado está el fenómeno de la transmisión de la obligación que tiene su lugar propio de tratamiento en la teoría de las obligaciones; por otro lado está la figura contractual de la *cesión* que puede aplicarse no sólo a las obligaciones sino a todo tipo de *derecho* transmisible por actos entre vivos.

El método del Código también resulta criticable en cuanto a pesar de lo prometido en la nota al art. 1484, ha omitido regular la cesión de derechos hereditarios, que ha quedado librada a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

921. CONCEPTO.– La cesión de créditos es un convenio por el cual el acreedor transmite voluntariamente sus derechos a un tercero que pasa a investir la calidad de acreedor en lugar de aquél. El enajenante es el *cedente*; el adquirente del crédito es el *cesionario*; el deudor es el *cedido o deudor cedido*, y no interviene en el acto que determina la cesión.

Conviene tener presente que el régimen que analizamos aquí, es extraño a la transmisión de créditos obrantes en papeles de comercio (art. 1438).

922. CARACTERES.– La cesión de créditos presenta los siguientes caracteres:

a) Es *consensual*, porque entre las partes se perfecciona por su solo consentimiento; la entrega del título al cesionario a que se refiere el art. 1434, es una *consecuencia* de la cesión, pero no hace a su perfeccionamiento, que no está subordinado a esa entrega.

b) Es *formal* porque requiere la forma escrita sin la cual no se opera la cesión; esta forma escrita debe ser una escritura pública en ciertos casos especiales: arts. 1455; 1184, incs. 6º y 9º.

La cesión de títulos al portador se perfecciona por la tradición de ellos (art. 1455 *in fine*).

c) Es *bilateral* si la cesión es onerosa; es *unilateral* si la cesión es gratuita. Este carácter se refiere a la cesión como contrato; considerada como *acto jurídico* es siempre bilateral, porque requiere el consentimiento de *ambas partes*.

923. ELEMENTOS.– Los elementos de la cesión de créditos son: 1º) el *consentimiento* de cedente y cesionario; 2º) el *objeto* que es el contenido

total o parcial del crédito; 3º) la *capacidad* de las partes; 4º) la *forma* del acto. Como los elementos generales de la relación jurídica han sido estudiados en el curso de Parte General, aquí los tratamos en cuanto revistan modificaciones específicas.

924. FORMA DE LA CESIÓN.– La cesión es acto formal ya que *toda* cesión debe ser hecha por escrito (art. 1454). No es sin embargo un acto *solemne* y la falta de forma escrita no obsta a su validez; si se la acredita por otros medios de prueba, por ejemplo, la confesión, el que se resiste a otorgar el documento puede ser forzado a ello (arts. 1187 *in fine* y 1188).

Sin embargo, de acuerdo con el art. 1184 del Código Civil la cesión requiere forma especial en algunos supuestos:

a) Debe hacerse en escritura pública la cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública (inc. 9º).

b) También debe hacerse en escritura pública la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios (inc. 6º).

Según establece el art. 1455 del Código Civil la cesión de acciones litigiosas debe hacerse por escritura pública o por acta judicial hecha en el respectivo expediente.

925. CAPACIDAD.– La cesión de créditos puede ser onerosa o gratuita. Si es onerosa no pueden ceder quienes carezcan de capacidad para comprar y vender (art. 1439); si es gratuita se requiere la capacidad de donar (art. 1437).

El art. 1440 impide a los menores emancipados ceder sin expresa autorización judicial títulos de la deuda pública, acciones de sociedades y créditos que pasen de $ 500 de la vieja moneda. Esta restricción no armoniza con la amplia capacidad concedida a los menores por la ley 17.711 (nuevo art. 135). Como el art. 1440 no ha sido derogado ni cabe la derogación tácita de esta norma especial por el nuevo art. 135 que es una norma general, cabe concluir que subsiste su vigencia. Aquí como en otros supuestos, por ejemplo las desarmonías en el régimen de la transmisión hereditaria, se impone un texto ordenado del Código Civil que elimine estas graves contradicciones.

El fenómeno de la inflación y los sucesivos cambios de nuestro signo monetario hace que los $ 500 aludidos en el art. 1440, hoy carezcan de toda significación y por ende, debe concluirse que la incapacidad de los emancipados rige para todos los créditos.

Los arts. 1441 a 1443 establecen incapacidades de derecho en cuanto a la cesión de créditos. Son disposiciones inútiles porque reiteran prohibiciones relativas a la compraventa que igualmente son aplicables a la cesión de créditos en virtud de lo dispuesto por el art. 1435. La simple lectura de estos artículos lo demuestra.

Si se violan las disposiciones de los arts. 1441 a 1443, la cesión es *nula* en virtud de lo que dispone el art. 1043; sería *anulable* si la incapacidad de derecho no fuese conocida al tiempo del acto por la necesidad de una investigación de hecho (conf. art. 1045).

La nulidad será *absoluta* si la prohibición legal protege un interés público, por ejemplo, la cesión al juez de acciones judiciales que fuesen de la competencia de su juzgado; y *relativa* si el legislador sólo ha tenido en mira proteger un interés particular, por ejemplo, la cesión al mandatario de créditos de su mandante.

926. OBJETO: CRÉDITOS CESIBLES E INCESIBLES.– En principio todos los créditos pueden ser cedidos, conforme al principio general de transmisibilidad enunciado por el art. 1444.

Así son cesibles (arts. 1446-1448): los créditos condicionales o a plazo, los créditos aleatorios (como la venta de la llave de un fondo de comercio); los créditos litigiosos y aun los emergentes de una obligación natural que pasan al cesionario con su misma índole. Como dice Vélez en la nota al art. 1445, "es cesible toda acción resultante de los derechos de obligación, cualquiera que sea el origen de la obligación, bien provenga de convención, de delitos, o de cualquiera otra causa".

El principio expuesto, con ser amplio no es sin embargo absoluto. Así no son cesibles: a) los créditos cuya cesión sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito (art. 1444 *in fine*), b) las acciones fundadas en derechos inherentes a las personas (art. 1445); c) los montepíos o pensiones civiles o militares, salvo en la medida en que son embargables (art. 1449); d) las jubilaciones y pensiones "son personalísimas y sólo corresponden a sus titulares" y "no pueden ser enajenadas" (art. 14, incs. a] y b], ley 24.441); e) las remuneraciones debidas a los trabajadores que "no pueden ser cedidas ni afectadas a terceros por derecho alguno" sino por la suma que fije la reglamentación del Poder Ejecutivo Nacional (art. 148, ley 20.744, t.o. por decreto 390/76); f) el derecho a alimentos futuros (art. 1453), prohibición que no alcanza a los ya devengados; g) el derecho adquirido por pacto de preferencia (art. 1453), que es una ventaja *personal* a favor del vendedor que puede recuperar la cosa si el comprador decide venderla; h) la indemnización por accidentes de trabajo (art. 11, inc. 1º, ley 24.557); i) el subsidio por maternidad (art. 2º, ley 11.933), etcétera.

No incluimos en la enumeración otros derechos insusceptibles de transmisión que no tienen carácter *creditorio*.

927. REGLAS QUE RIGEN LA TRANSFERENCIA.– Interesa sobremanera definir el momento en que se opera la transferencia del crédito cedido, pues a partir de entonces el cedente deja de ser el acreedor de la obligación para investir esa calidad el cesionario. A su vez, el deudor deja de estar ligado con el acreedor primitivo para pasar a quedar vinculado con el cesionario.

928.– 1) *Entre las partes* la cesión se opera por su solo consentimiento o por el efecto de la cesión, como dice el art. 1457. Desde luego el consentimiento debe expresarse mediante la *forma* legal adecuada, pero no es necesario ningún otro requisito. La entrega del título a que se refiere el art. 1457 es según ya dijimos una mera consecuencia lógica pues no se justifica que después de la cesión el acreedor cedente retenga el título. Tal retención dificultaría el ejercicio de los derechos del cesionario y no se justificaría. Sin embargo aunque el título no se entregue, la propiedad del crédito pasa al cesionario.

929.– 2) Con respecto a los *terceros*, que son quienes no han intervenido en la cesión y *especialmente* el deudor cedido, la propiedad del crédito se transmite *"por la notificación del traspaso al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia de parte de éste"* (art. 1459).

El fundamento de esta dualidad de régimen reside en la necesidad de establecer un sistema de *publicidad* referente a la transmisión de las obligaciones; el medio elegido por el Código podrá no ser infalible, pero es suficientemente satisfactorio. Examinaremos su funcionamiento:

a) Cabe señalar que la *aceptación* del deudor es tan sólo la manifestación suya en el sentido de estar informado de la cesión; no implica conformidad porque la voluntad del deudor es aquí irrelevante: la cesión produce sus efectos aunque el deudor no la consienta.

b) La *notificación* es la comunicación dirigida al deudor haciéndole saber a éste la transmisión del crédito.

Tratándose del deudor cedido la notificación es eficaz cualquiera sea la forma que revista, mediante comunicación escrita o verbal, pues *lo que*

importa es llevar a su conocimiento la transmisión; el medio empleado debe dar al deudor un conocimiento *seguro* de la cesión. Así se ha considerado idónea la notificación resultante del traslado de la demanda que el cesionario promueve al deudor.

Con respecto a los demás *terceros*, la notificación al deudor para ser oponible a ellos, debe ser practicada mediante un *acto público* (art. 1467).

La finalidad de esa exigencia es evitar colusiones con el deudor, que confesara haber sido notificado en una fecha anterior a la real, en perjuicio de los derechos de otros acreedores del cedente. Teniendo presente esa finalidad, la jurisprudencia ha aligerado un tanto la comprensión del requisito legal, considerándolo cumplido cuando se practica en circunstancias tales que permiten aseverar la exactitud de su realización: así la notificación mediante instrumento privado de fecha cierta; la que resulta del traslado de la demanda o de un telegrama colacionado; etcétera.

930.– En cuanto al *contenido*, no es necesario hacer saber al deudor el tenor completo del instrumento de cesión, lo que sería excesivamente gravoso para las partes, sin ser ello necesario para el resguardo de los intereses comprometidos. Basta con que el deudor conozca la *sustancia* de la convención (art. 1460). Por *sustancia* ha de entenderse los datos que permitan la segura identificación del crédito cedido. No se requieren los datos del convenio de cesión, el precio, plazo y demás modalidades, pues *ellos no conciernen al deudor*, que sólo está obligado a lo que resulte de la obligación cedida.

931.– Cualquiera de las partes puede practicar eficazmente la notificación de la cesión. Por lo general quien notifica es el cesionario, pues es él quien tiene mayor interés en que se *perfeccione el acto frente a terceros*. La notificación puede hacerse también por un representante de la partes. Si no hace la notificación el acreedor es fundamental que la notificación contenga la manifestación auténtica de él, de haberse desprendido del crédito para que el deudor sepa con seguridad a qué atenerse.

932.– Desde luego, la notificación de la cesión debe dirigirse al *deudor* o a su *representante* que estuviera habilitado para pagar en su nombre. Si el deudor fuese incapaz o se tratase de una persona jurídica, la notificación deberá hacerse a su representante legal. Si los deudores son varios y la obligación es divisible, es necesario notificar a *todos* para que la cesión produzca efecto. La notificación a un solo deudor produce efectos sólo

con respecto a la parte que él adeuda. Si la obligación es indivisible la notificación a un solo deudor no produce ningún efecto: es necesario notificar a todos los deudores por la índole infraccionable de la prestación debida. Si la obligación es solidaria basta la notificación a uno de los deudores para que la cesión se perfeccione con respecto a todos. Sin embargo, el deudor que pagase al acreedor cedente, antes de recibir la notificación, haría un pago válido, pues sería hecho a quien está en posesión del crédito (art. 732) (ver *infra*, núms. 998 y sigs.).

933.– La notificación debe diligenciarse en el domicilio general del deudor y no en el que él tuviese constituido para la ejecución del contrato a que se refiere la cesión. Ello es así porque la cesión del crédito no es un efecto propio de aquel contrato, sino una convención autónoma e independiente de ese contrato, que es para el deudor *res inter alios acta*.

934.– A falta de notificación de la cesión, ésta puede perfeccionarse por la *aceptación* del deudor, que consiste en la manifestación de conocimiento de la transmisión del crédito para atenerse en lo sucesivo a ese traspaso. Puede tener lugar en el mismo acto de la cesión o posteriormente. La aceptación del deudor puede ser *expresa*, en cuyo caso puede practicarse por escrito o aun verbalmente. No se requiere que la aceptación escrita se haga por acto público porque el art. 1467 sólo la requiere para la notificación y sería injusto sujetar al deudor a un requisito de suyo oneroso, sin disposición de la ley que lo mande. Esto no obsta a que la apreciación de la prueba de la aceptación sea estricta, para eludir una aceptación dudosa en perjuicio de terceros. La jurisprudencia ha considerado que existe aceptación tácita, cuando el deudor paga al cesionario; cuando el síndico del concurso verifica un crédito que presenta un cesionario; cuando el deudor presenta un escrito haciendo saber que conoce la cesión, etcétera.

935.– El *conocimiento indirecto* que adquiera el deudor de la existencia de la cesión no equivale a la notificación ni a la aceptación, y no "le impide excepcionar el defecto del cumplimiento de las formalidades prescriptas" (art. 1461). Este principio clarifica la situación de los terceros y del propio deudor al subordinar el traspaso del crédito a la demostración de los hechos concretos de la notificación o aceptación, eliminando al simple conocimiento vago e inseguro. El principio no es, sin embargo, absoluto: por lo pronto no puede invocarlo el deudor que paga al cedente en

virtud de una colusión o concierto doloso, o bien obrando con imprudencia grave (art. 1462). La imprudencia grave se da cuando el deudor paga a pesar de tener *conocimiento cierto* de la cesión. Por mediar idénticas razones se aplica el mismo principio a un segundo cesionario a quien se pueda imputar connivencia con el acreedor o grave imprudencia (art. 1463).

La ley no fija plazos ni para la notificación ni para la aceptación, por lo que cabe concluir que esos actos pueden ser realizados en cualquier tiempo, aun después de la muerte de las partes o del deudor, en cuyo caso la notificación podrá diligenciarse con los herederos. No obstante, el *tiempo útil* para practicar la notificación o aceptación puede caducar en caso de quiebra o de embargo del crédito. En caso de quiebra o concurso civil, la notificación o aceptación carecen de efecto contra los acreedores de la masa si se practican después de dictado el auto que declara la quiebra, o en su caso luego de declarado el concurso, que es un supuesto igual (art. 1464). Si se hubiesen practicado antes del auto judicial pero después de la cesación de pagos, serían impugnables mediante la acción revocatoria.

En caso de embargo del crédito cedido, la notificación o aceptación son inoponibles al acreedor embargante, si bien conservan su efecto con respecto a otros acreedores o cesionarios que no hayan trabado embargo (art. 1465).

936. EFECTOS DE LA TRANSFERENCIA.– Consumada la cesión del crédito corresponde examinar cuáles son los efectos del traspaso.

937. A) EFECTOS CON RELACIÓN AL CESIONARIO Y AL DEUDOR CEDIDO.– Estos son los efectos más importantes, ya que el cesionario queda investido de la calidad de acreedor frente al deudor.

El *pago* efectuado por el deudor o por un tercero antes del traspaso del crédito, es decir, de la notificación de la cesión o la aceptación del deudor es cancelatorio de la obligación (art. 1468). Por tanto, cuando el deudor recibe la notificación ya la obligación está extinguida y el cesionario nunca llegó a ser titular del crédito. Si el pago fuera parcial se aplican los mismos principios sobre la cuota ya satisfecha del crédito. El cesionario goza de todas las prerrogativas del acreedor con respecto al saldo impago de la deuda. Luego de la notificación o aceptación del deudor, el pago hecho al cedente es inoponible al cesionario, porque la notificación o aceptación han causado el embargo del crédito a su favor (art. 1467).

Siempre que hubiese ocurrido antes del traspaso del crédito, el deudor puede oponer al cesionario cualquier otra causa, distinta del pago, que también hubiera extinguido la obligación (art. 1469).

938.– En lo que hace a las *excepciones y defensas oponibles*, la cesión del crédito no puede empeorar la situación del deudor que ha sido extraño a ella (art. 1195). Por ello el deudor puede oponer al cesionario "las mismas excepciones y defensas que podía oponer al cedente" (art. 1469), "con sólo la excepción de la compensación" (art. 1474).

En cuanto a la *compensación* la ley ha seguido un criterio singular: si la cesión se perfecciona por *notificación*, el deudor puede oponer al cesionario la compensación que resulte del crédito de fecha anterior que tenía contra el cedente; si ha mediado *aceptación*, se entiende que ese acto entraña la renuncia del deudor a la posibilidad de oponer la compensación. El criterio legal no se justifica: aceptar la cesión –el deudor no puede en realidad rechazarla– no significa *consentirla*. Sólo en este último caso cabría excluir la compensación. Por ello, si al tiempo de la aceptación el deudor ignoraba que tenía un crédito contra el cedente, la aceptación de la cesión no le impide oponer la compensación al cesionario.

939.– Entre las *defensas oponibles* por el deudor al cesionario está el pago hecho al cedente. Se suscita la duda de si basta como prueba un recibo carente de fecha cierta. A nuestro juicio y a pesar de respetables opiniones en sentido contrario, juzgamos que tal recibo es suficiente. La cesión de créditos no puede empeorar la situación del deudor, que teniendo garantizada su liberación con recibos por el pago total o por pagos parciales, se encuentra frente a una cesión que él no ha convenido. El deudor puede oponer al cesionario las mismas defensas que podía hacer valer frente al cedente y entre ellas el recibo; la conclusión contraria conduce a que para prevenir una posible cesión del crédito, el deudor deba pagar siempre con intervención de escribano público, lo que sería un desatino. Por otra parte nada impide al cesionario cuestionar como simulada la fecha del recibo si duda de su sinceridad. A las defensas oponibles por el deudor se agregan las excepciones personales que tuviese contra el cesionario; por ejemplo la compensación resultante de un crédito que tuviese contra él.

940.– Por su parte el cesionario por virtud de la cesión queda investido de todos los derechos del acreedor. Por ello puede: practicar actos conservatorios aun antes de la notificación o aceptación (art. 1472); de-

mandar el cobro de la deuda, para lo cual puede usar "la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere" (art. 1458), siendo de notar que la promoción de la demanda no está subordinada a la previa notificación de la cesión; por último el cesionario puede ejercer las garantías del crédito (art. 1458).

941. B) EFECTOS CON RELACIÓN AL CEDENTE Y AL DEUDOR CEDIDO.– Hasta la notificación o aceptación el acreedor conserva todos sus derechos (art. 1473) y el deudor está obligado al pago, aunque tenga conocimiento indirecto de la cesión. Si el deudor tiene conocimiento cierto de la cesión y teme que el pago al acreedor constituya la "grave imprudencia" que le obligaría a pagar nuevamente al cesionario, puede consignar judicialmente lo debido para eximirse de responsabilidad (ver *infra*, nº 1041).

942. C) CONFLICTO ENTRE CESIONARIOS.– Cuando el mismo crédito es cedido por el total a varias personas, lo que puede ocurrir por error o mala fe del cedente, se suscita un conflicto entre los distintos cesionarios que se define por la *prioridad* de la respectiva notificación o aceptación (art. 1470). No cuenta la fecha de la cesión sino la fecha de la notificación o aceptación. Los cesionarios excluidos sólo tienen una acción de daños y perjuicios contra el cedente. Si las notificaciones o aceptaciones se producen en el mismo día, aunque sea a diferentes horas, todos los cesionarios quedan en igual línea (art. 1466). El deudor debe fraccionar el pago, salvo que la prestación fuera indivisible; pero si el pago fraccionado, aunque posible, le causase algún perjuicio, tiene derecho a indemnización frente al cedente. También tienen derecho a ser indemnizados por el cedente, los cesionarios, por la parte del crédito que no han llegado a percibir.

943. D) CONFLICTO ENTRE EL CESIONARIO Y OTROS ACREEDORES EMBARGANTES DEL CRÉDITO CEDIDO.– Puede suscitarse un conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente que procuran, con un embargo sobre el crédito, cobrar la deuda que el cedente tiene con ellos. Es una cuestión que debe decidirse por la prioridad de fecha del embargo o del traspaso del crédito, de modo que según fuere el caso, resultará postergado el cesionario o los acreedores embargantes, posteriores al embargo o al traspaso, respectivamente. Es la solución que determina el art. 1465, y que es enteramente lógica.

Si el embargo es anterior al traspaso, este último no puede existir, porque el embargo inmoviliza el bien en el patrimonio del cedente, que es

el embargado. En este caso el cesionario deberá optar por resolver el contrato; o bien demandar al cedente la indemnización de los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de la cesión; o por último –si le conviene mantener la cesión– desinteresar a los embargantes y reclamar del cedente el reembolso de lo pagado a los acreedores embargantes.

Si el embargo es posterior al traspaso resulta tardío, porque intenta inmovilizar en el patrimonio del cedente algo que ya ha salido de él. Aunque el art. 1465 *in fine* hace prevalecer la notificación sobre los acreedores "que no hubiesen *pedido* el embargo", debe señalarse que el embargo *pedido* pero todavía no trabado de nada le sirve al acreedor embargante, que igualmente será desplazado por la notificación.

944.– El art. 1471 *in fine* dice: ".... pero una notificación, o aceptación después del embargo, importa oposición al que ha pedido el embargo". Se trata de una norma desconcertante, sobre todo teniendo en cuenta que una notificación o aceptación tardías con relación al embargo no producen efecto (art. 1465, 1ª parte). Aunque se han ensayado distintas explicaciones acerca de esta norma, cuya aplicación destruiría el sistema legal, ha terminado por prevalecer la opinión de que no es posible disminuir la utilidad que brinda el embargo del crédito en razón de la ulterior oposición: el art. 1471 *in fine* no tiene aplicación apropiada.

Cuando la cesión es parcial, el cesionario del crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente a menos que otra cosa se convenga (art. 1475). Por ello, si los bienes del deudor resultan insuficientes cobrarán ambos a prorrata de sus respectivos créditos. La cesión parcial no supone la entrega del título del crédito, pero sin embargo el cedente debe ponerlo a disposición del cesionario cuando éste lo necesite para la defensa de su derecho.

945. PARALELO CON LA NOVACIÓN SUBJETIVA Y LA SUBROGACIÓN.– La cesión de créditos presenta analogías con estas figuras, con las cuales, sin embargo, no se confunde.

946. A) CESIÓN DE CRÉDITOS Y NOVACIÓN SUBJETIVA.– Aunque se asemejan por la sustitución que en ambas tiene lugar con respecto a la persona del acreedor, existen diferencias notables:

a) En la cesión de créditos se transmite la misma obligación (art. 1434); en la novación se extingue la obligación anterior y se crea una nue-

va (art. 801), que carece de los accesorios y garantías de la anterior, salvo reserva expresa del acreedor sustituido (art. 803).

b) La cesión del crédito emana de la voluntad del cedente y cesionario sin consultar la voluntad del deudor, en cambio el consentimiento del deudor es indispensable para la novación por cambio de acreedor.

c) La cesión de créditos es un acto formal; la novación no lo es.

d) Si la cesión de créditos es onerosa entraña garantía de evicción (arts. 1476 y 1484); la novación no asegura la existencia y legitimidad del crédito en que se funda, porque nada se transmite.

947. B) CESIÓN DE CRÉDITOS Y PAGO CON SUBROGACIÓN.– Acá hay mayor analogía porque el crédito pasa con ciertas particularidades del acreedor que recibe el pago al tercero que lo ha satisfecho sin oposición del deudor, pero subsisten diferencias importantes:

a) El pago con subrogación es un acto no especulativo, que aunque procure amparo al derecho del tercero sólo lo autoriza a recuperar su desembolso; la cesión de créditos es por lo general un acto especulativo en el cual el cesionario puede aprovechar toda la diferencia que exista entre lo que él ha pagado al cedente y la mayor prestación que deba el deudor cedido.

b) La cesión de créditos se basa en el consentimiento del acreedor; la subrogación es independiente de la voluntad del acreedor, ya que proviene del pago que éste puede estar obligado a recibir.

c) Mientras la cesión de créditos es independiente de la voluntad del deudor, la subrogación no tiene lugar si el pago se hizo con oposición del deudor.

d) En la cesión de créditos el cesionario sólo puede ejercer la misma acción que tenía el cedente; el pagador que se subroga puede optar entre ejercer los derechos que le confiere la subrogación o bien los que se deriven de la relación paralela que mantiene con el deudor (mandato o gestión de negocios).

e) El efecto de la cesión se produce *erga omnes*, por obra de la notificación o aceptación; en la subrogación el crédito se desplaza automáticamente por el solo hecho del pago sin que sea necesario otro requisito.

f) En la cesión de créditos onerosa funciona la garantía de evicción; esta garantía no funciona en la subrogación, pues el acreedor se ha limitado a recibir un pago que espontáneamente ha querido hacer el tercero.

g) Las incapacidades que obstan a la cesión de créditos (arts. 1441 a 1443) no impiden el efecto subrogatorio del pago, aunque el tercero que paga no hubiese tenido capacidad para ser cesionario del crédito.

III. TRASPASO DE DEUDAS

948. HISTORIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA.– El fenómeno del traspaso de deudas ha aparecido recientemente en la evolución jurídica. El Derecho Romano ligaba estrechamente la existencia de la obligación a los sujetos que la habían constituido y no concebía que pudiera sustituirse el deudor y que al mismo tiempo perdurara la obligación anterior y sus garantías sin la conformidad del acreedor. Sólo se admitía tal transmisión mediante la conformidad del acreedor, con lo cual se configura la novación, figura distinta del traspaso de deudas.

La concepción romana fue heredada por los pueblos latinos de Europa, que hasta bien entrado el siglo XIX no conocieron la transferencia de las deudas sino por causa de muerte del deudor.

Ese panorama cambió sustancialmente por la evolución de los derechos alemán y suizo. En la segunda mitad del siglo XIX llegó a aceptarse el traspaso de la deuda, sin novación: de ahí que conservara el acreedor todas las garantías de que disponía contra el cedente de la deuda, y que el cesionario pudiera oponer al acreedor las mismas defensas que le competían al primitivo deudor. El Código alemán recogió esa elaboración doctrinaria, que luego pasó a otros códigos: suizo de las obligaciones; polaco de las obligaciones; italiano, griego, etcétera. Igual orientación han seguido los proyectos de reforma orgánica de nuestro Código Civil.

949. UTILIDAD, JUSTIFICACIÓN Y POSIBILIDAD DENTRO DEL CÓDIGO.– La cesión de deudas puede ser de gran utilidad como mecanismo de simplificación de las relaciones jurídicas. Si A es acreedor de B, y a su vez deudor de C, puede consultar la conveniencia de todos que mediante el traspaso de la deuda, B le pague directamente a C, con lo que se cancelará la deuda de A, evitando un doble traspaso de bienes, que puede ser innecesario y oneroso. Desde luego, la utilidad del procedimiento no puede hacer olvidar el interés del acreedor del deudor primitivo, pues mientras no llegue el

momento del pago no le resulta indiferente la persona del deudor, cuyas condiciones de solvencia, probidad, etcétera., habrá contemplado al consentir la obligación.

950.– No obstante haber omitido el Código toda regulación, en general, sobre la cesión de deudas, no es dudoso que los particulares puedan usar este dispositivo, con o sin exoneración del deudor primitivo, según fuere el caso.

Esta conclusión, aceptada por la doctrina dominante, se apoya en el principio de la autonomía de la voluntad; si quienes intervienen en la cesión la consienten, no hay impedimento para admitirla, dejando a salvo los derechos de terceros. Pero salvados estos derechos, el convenio produce todos sus efectos y el cesionario asume el deber de satisfacer la obligación al acreedor, con todas sus consecuencias en caso de incumplimiento. No puede decirse que esta solución carezca de apoyo legal, porque el Código legisla distintos supuestos particulares de cesión de deudas (cesión de la locación que apareja la de las deudas correspondientes, arts. 1498 y 1584 y sigs.; cesión de deudas hipotecarias, arts. 3182 y 3183). Fuera del Código Civil la ley 11.867 autoriza la cesión de deudas que integran el pasivo de un fondo de comercio, etcétera. De todas estas disposiciones se induce un principio general que puede aplicarse a todas las situaciones análogas en consonancia con las enseñanzas de la doctrina.

951. REQUISITOS Y CARACTERES.– Según la elaboración efectuada por la doctrina es posible distinguir varias especies de traslación de deudas.

952. A) CESIÓN DE DEUDA PROPIAMENTE DICHA.– Es un acto triangular que se sustenta en el consentimiento del *deudor* o cedente, del *cesionario* y del *acreedor*, por el cual éste acepta que el cesionario quede en calidad de deudor. El acreedor puede reservar su derecho contra el deudor primitivo, pero en tal caso no puede exigirle el pago sin haberlo requerido previamente al cesionario de la deuda. Lo contrario implicaría un abuso del acreedor: no se justificaría que el deudor le diera al acreedor un nuevo obligado –a costa, con seguridad, de alguna prestación hecha a éste– y siguiera, si cabe, en peor situación, porque al desembolso ya hecho se agregaría la carga de mantener la reserva necesaria para afrontar el pago que le requiriera el acreedor.

En caso de silencio del acreedor, que se limita a consentir el traslado, cabe concluir que ha consentido la exoneración de su primitivo deudor

El convenio se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, pero no es oponible a terceros si careciera de fecha cierta a su respecto.

953. B) ASUNCIÓN PRIVATIVA DE DEUDA.– Es la traslación de deuda que resulta de un contrato celebrado entre el deudor y un tercero, por el cual éste se compromete a satisfacer la obligación en reemplazo del deudor primitivo. Tal convenio queda subordinado en su plena eficacia a la aprobación del acreedor, pudiendo las partes mientras tanto revocar o alterar lo convenido.

Si el acreedor rehúsa su aprobación, la cesión de deuda no funciona respecto de él, pero sí entre las partes, por lo cual el cesionario queda obligado a satisfacer la deuda, a menos que se hubiese convenido lo contrario.

954. C) ASUNCIÓN ACUMULATIVA DE DEUDA O ACCESIÓN DE DEUDA.– Es el convenio entre el deudor y el tercero, acerca del traslado de la deuda, haciendo abstracción de lo que decida el acreedor. Hay aquí un desdoblamiento: para el acreedor nada ha cambiado; entre las partes de la cesión ésta produce todos sus efectos; el carácter de deudor pasa al cesionario, quien debe pagar al acreedor, y ante la negativa de éste debe consignar judicialmente el pago como "tercero interesado" (ver *infra*, nº 1047). El deudor retiene su calidad de tal frente al acreedor, pero si se viera forzado a pagarle, puede accionar contra el cesionario para que éste le indemnice el perjuicio que su incumplimiento le ha causado. Esta figura, que no requiere el consentimiento del acreedor, tiene corriente aplicación práctica en la cesión de boletos de compraventa. Aquí se cede –aun por simple endoso del boleto– el crédito referente a la entrega del inmueble y la deuda del precio. Frente a la cesión de la *actio empti* el vendedor es un simple deudor *cedido* que no puede cuestionar la cesión: no ocurre lo propio con la deuda relativa al precio. El vendedor es acreedor de este precio, y no está obligado a exonerar a su deudor primitivo; sin embargo, tampoco puede rehusarse a recibir el pago que quiera hacer el tercero, que sería, con relación al vendedor, un tercero interesado (ver *infra*, nº 983). Innecesario es destacar la trascendencia que para el correcto funcionamiento de este dispositivo de uso tan extendido ha tenido la labor esclarecedora de la doctrina.

955. D) PROMESA DE LIBERACIÓN.– Es un convenio paralelo a una obligación existente por el cual un tercero se compromete a liberar al deudor oportunamente, sin quedar obligado a hacerlo frente al acreedor.

92

Esta figura, que también se denomina en doctrina *asunción de cumplimiento*, alcanza resultados semejantes a la asunción acumulativa de deuda, con la que tiene las siguientes diferencias: a) en la promesa de liberación no hay transmisión de deuda ni incorporación del tercero en la obligación; en la asunción acumulativa hay transmisión de deuda; b) la promesa de liberación es un acto paralelo a la obligación primordial; la asunción acumulativa es un acto modificatorio de esa obligación primordial; c) en la promesa de liberación el promitente queda ajeno a la obligación y el acreedor no podría exigirle el pago; en la asunción acumulativa el acreedor puede exigir el pago al promitente.

956. E) EXPROMISIÓN.– Es un convenio celebrado por el acreedor con un tercero, por el cual éste se compromete a satisfacer la obligación ajena a que dicho convenio se refiere. Puede ser *simple o novatoria*. Tiene este último carácter cuando el acreedor libera al deudor primitivo y éste acepta su liberación produciéndose una novación por cambio de deudor (véase *infra*, nº 1163). Diversamente la expromisión simple no implica la eliminación del deudor originario, y por ello, más que *transmisión* de la deuda, es una *extensión* de ella a un nuevo deudor. Se origina así una nueva obligación paralela, con relación al mismo objeto debido. El pago de cualquiera de los obligados extingue ambas obligaciones, pero si quien paga es el promitente se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor originario.

957. F) CESIÓN DE PATRIMONIOS ESPECIALES.– Un supuesto peculiar de traslación de deudas se presenta cuando se transmite un patrimonio especial, que como el fondo de comercio engloba un activo y un pasivo. No es admisible que el dueño del fondo de comercio pueda enajenar sólo el activo, dejando sin respaldo a sus acreedores. Pero para evitar esa contingencia no es justo llegar a la inhibición del comerciante, ni impedirle que pueda beneficiarse con la enajenación del negocio. Por ello la mayoría de las legislaciones y entre ellas la nuestra, permiten la enajenación de fondos de comercio, que al comprender el activo y el pasivo, incluye una transmisión de deudas. El legislador ha moderado la repercusión inherente al cambio de deudor mediante el procedimiento de la ley 11.867.

958. LEY 11.867.– Según esta ley, sólo es oponible a los terceros la transmisión de fondos de comercio con previa publicación de edictos por cinco días en el Boletín Oficial –nacional o provincial, según corresponda– y en los periódicos del lugar en que funcione el comercio. La publicidad debe contener los detalles del fondo de comercio y los nombres de las partes, intermediarios, escribano, etcétera. El enajenante debe suministrar al adquirente una nómina firmada de los acreedores, sus nombres, domicilios, importes de los créditos y fechas de vencimiento.

Se prohíbe firmar el instrumento de la venta hasta diez días después de vencida la última publicación, en cuyo plazo los acreedores pueden notificar su oposición al comprador, o al martillero o escribano intervinientes, para que retengan del precio el importe de sus créditos y lo depositen en el banco que corresponda. La retención debe mantenerse veinte días para que los acreedores puedan obtener el embargo judicial. La ley establece la responsabilidad solidaria de las partes, martillero y escribano si no observaren el procedimiento legal.

En suma, cuando se enajena un fondo de comercio se da oportunidad a los acreedores del enajenante para optar por el cobro inmediato de su crédito o aceptar la cesión de la deuda, que pasa al adquirente.

El adquirente sólo asume las deudas manifestadas por el enajenante. El enajenante no queda liberado con relación a los acreedores omitidos.

959. DIFERENCIA CON LA TRANSMISIÓN DE DEUDAS.– La transmisión de fondos de comercio es una especie de traslación de deuda muy peculiar, que no entra exactamente en ninguna de las categorías antes enunciadas, aunque se aproxima bastante a una asunción privativa de deuda, en la que se sustituye el consentimiento del acreedor por una presunción legal deducida de su ausencia de oposición a la transferencia durante el plazo legal.

IV. RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

960. CONCEPTO.– El reconocimiento de la obligación es un acto jurídico por el cual alguien admite la existencia de una obligación a su cargo (art. 718).

961. NATURALEZA JURÍDICA.– Acerca de la naturaleza jurídica del reconocimiento de la obligación se han formulado diversas teorías:

a) Para la opinión dominante, que compartimos, el reconocimiento es un acto jurídico, porque es un acto voluntario lícito que se practica con

la *finalidad* de producir una consecuencia jurídica. Desde el punto de vista legal, cabe señalar que el art. 719 establece que "está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos".

b) Para otra corriente se trata de un *hecho jurídico* al cual la ley asigna un determinado efecto.

c) Para una tercera opinión, ecléctica, el reconocimiento puede ser un *acto jurídico* en el caso de los arts. 719 y 722, y un *hecho jurídico* cuando quien reconoce la obligación no tiene la intención de producir un efecto jurídico.

962. CARACTERES.– El acto de reconocimiento presenta los siguientes caracteres:

a) Es un *acto unilateral*, porque emana de la voluntad del deudor, no siendo indispensable la intervención del acreedor; aunque de ordinario se negocie con el acreedor ello hace a la motivación subjetiva del reconocimiento pero no le quita su carácter unilateral. Por ello no es necesario que la declaración del reconociente se dirija al acreedor: así el reconocimiento hecho en un testamento; la inclusión de la deuda en un inventario que se presenta al juez, etcétera.

b) Es *irrevocable*, y luego de efectuado no puede ser dejado sin efecto por el reconociente. Cuando es hecho en un testamento, que es por esencia revocable (art. 3824), el reconocimiento se considera –presunción *iuris tantum*– como un legado y puede en principio ser revocado (art. 3788), salvo que se acredite la real existencia de la deuda reconocida.

c) Es *declarativo* y no *constitutivo* de obligación; por ello si el reconocimiento agrava la prestación original o la modifica en perjuicio del deudor, ha de estarse al *título* de la obligación reconocida (art. 723). En los Códigos alemán y suizo de las obligaciones el reconocimiento funciona como acto constitutivo.

963. FORMAS Y ESPECIES.– El reconocimiento es un acto jurídico comprobatorio, *no formal*, que puede hacerse en la forma que elijan las partes (art. 720). Sin embargo y para evitar que se eluda el acto constitutivo de la obligación en la forma ordenada por la ley, el reconocimiento debe hacerse usando la forma prescripta por la ley para el acto constitutivo. Así, si la obligación debió constituirse por instrumento público, el reconocimiento

debe hacerse bajo esta misma forma (conf. art. 1184, inc., 10); si el reconociente hubiera omitido el instrumento público, puede ser obligado a otorgarlo (art. 1185).

964.– En cuanto a las *especies*, el reconocimiento puede ser expreso o tácito.

a) El *reconocimiento expreso* es el que se practica con la intención de hacer constar la existencia de la obligación; puede hacerse mediante la forma que las partes elijan aunque con la limitación que acabamos de indicar, y "debe contener la causa de la obligación original, su importancia, y el tiempo en que fue contraída" (art. 722). Por causa ha de entenderse el *hecho antecedente justificativo* de la obligación, por ejemplo, un préstamo, una compra, etcétera.

La exigencia legal apunta a una correcta individualización de la obligación reconocida. La omisión de algunos de los extremos requeridos no se traduce en la nulidad del reconocimiento, aunque naturalmente ha de debilitar su eficacia probatoria.

b) El *reconocimiento tácito* es el que surge de hechos del deudor que exteriorizan la voluntad de admitir la existencia de la obligación. El caso típico es el pago que autoriza a pensar *presuntivamente* que el deudor ha querido reconocer la deuda (art. 721). Sin embargo, el pago no agota los supuestos de reconocimiento tácito que puede resultar de cualquier otro acto del deudor que exteriorice con certeza su voluntad de aceptar la obligación. Así se han considerado actos de reconocimiento tácito: las gestiones extrajudiciales para fijar el monto de la deuda; la manifestación de que no se paga por carecer de fondos para ello, hecha en un juicio; la promesa de indemnizar a la víctima de un hecho ilícito que implica reconocimiento de la obligación de indemnizar, etcétera.

965. REQUISITOS.– Como se ha dicho, el reconocimiento es un acto jurídico y por ello "está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos" (art. 719). Por ello se requiere: a) la declaración de voluntad del sujeto, practicada con discernimiento, intención y libertad; b) el sujeto debe ser capaz (art. 1040); c) el objeto ha de ser lícito, es decir la obligación reconocida no debe ser contraria a la ley y a las buenas costumbres; d) la voluntad debe exteriorizarse mediante una *forma* apropiada.

El reconocimiento no requiere ser practicado *personalmente* por el obligado, pero si lo efectúa un representante, éste no puede reconocer

93

obligaciones *anteriores* al comienzo de sus funciones si no ha recibido un poder especial para ello (art. 1881, inc. 17).

966. EFECTOS.– El reconocimiento de la deuda produce efectos *comprobatorios e interruptivos* de la prescripción pendiente.

a) El efecto propio del reconocimiento es producir un *medio de prueba* que acredita la existencia de la obligación y faculta al acreedor a ejercer los "medios legales" a que se refiere el art. 505. Si el reconocimiento no coincidiera con la obligación reconocida, ha de estarse a lo que resulte del título primordial de la obligación (art. 723), porque en nuestro derecho el reconocimiento *no crea* la obligación, simplemente implica *admitir su existencia.*

b) El reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción pendiente (art. 3989), porque la actitud del deudor pone de manifiesto que se somete al vínculo obligacional lo que borra los efectos de la inactividad del acreedor. En cambio el reconocimiento no borra los efectos de la prescripción cumplida: para ello sería necesaria una *renuncia a la prescripción cumplida* (art. 3965). Esta renuncia no resulta del reconocimiento porque la intención de renunciar no se presume (art. 874).

967.– DIFERENCIAS CON LA PROMESA ABSTRACTA DE LA DEUDA Y OTRAS FIGURAS AFINES.– Aunque el reconocimiento tiene semejanza con la *promesa abstracta de deuda*, cabe señalar que ambas figuras responden a conceptos muy distintos.

El reconocimiento no es *innovatorio* y deja el vínculo en el mismo estado que tenía antes; contrariamente la promesa abstracta de deuda implica la constitución de una obligación que surge con independencia de toda causa precedente, de modo tal que la fuerza ligante reside en el solo consentimiento de las partes en crear ese tipo de obligación, independientemente de todo antecedente justificativo.

968.– El reconocimiento tampoco se confunde con *otras* figuras con las que presenta afinidad.

a) No se identifica con la *novación*, pues esta última supone crear una *obligación nueva*, extinguiendo la anterior; el reconocimiento deja intacta la obligación primitiva a la que sólo dota de mayor eficacia probatoria.

b) La *renuncia* tampoco se identifica con el reconocimiento; la renuncia implica la abdicación de un derecho y por ello es revocable mientras no sea aceptada (art. 875); el reconocimiento no implica renuncia alguna del deudor cuya situación sigue siendo la misma. Por ello, el reconocimiento es irrevocable.

c) Tampoco se identifica la *confirmación* con el reconocimiento. La confirmación tiende a subsanar el vicio de un acto; el reconocimiento implica aceptar la existencia de un vínculo sin adelantar nada sobre su eficacia; sin duda ambos actos pueden acumularse materialmente sin que por ello se confunda su naturaleza.

d) También hay cierta aproximación con respecto a la *transacción* en cuanto ésta implica *reconocer* y no transmitir derechos (art. 836). Pero fuera de ello son actos completamente distintos: la transacción es un acto *bilateral* que se caracteriza por las concesiones recíprocas que se hacen las partes; el reconocimiento, en cambio, es un acto *unilateral* que no modifica la obligación primitiva.

969. CRÍTICA DE LA METODOLOGÍA DEL CÓDIGO.– Se ha criticado con razón la inclusión del reconocimiento de las obligaciones en el Libro II. Por un lado, el *efecto comprobatorio* del reconocimiento también se extiende a otros derechos, además de los creditorios, y pudo incluirse en la sección de los hechos y actos jurídicos. El *efecto interruptivo* de la prescripción debe estudiarse en la sección destinada a ella.

970. LEGISLACIÓN COMPARADA.– El Código francés, siguiendo a Pothier, caracteriza al reconocimiento de la obligación, como un documento comprobatorio que integra las disposiciones sobre la *prueba escrita*. Nuestro Código lo considera no tanto como *documento* sino como *acto* comprobatorio y de ahí que se admita el reconocimiento tácito. Otros Códigos, como el italiano, español y venezolano siguen el modelo francés.

En cambio, en el Código alemán, el reconocimiento de deuda cobra un sentido diferente, ya que deja de ser un *medio de comprobación* de una obligación preexistente, para pasar a ser un *título originario constitutivo* de obligación. Fuera de ese reconocimiento abstracto de deuda, el derecho alemán admite también un reconocimiento similar al nuestro, que von Tuhr denomina *"causal"*.

971. PROYECTOS DE REFORMA.– Bibiloni, ferviente adepto a las ideas latentes en el Código alemán acerca de esta materia, objetó la figura del reconocimiento comprobatorio de deuda que legisla el Código, por considerar que no requiere una regulación especial, y que son suficientes las reglas generales sobre la prueba. En cambio incorporó en su Anteproyecto la figura alemana del reconocimiento abstracto de deuda, que crea una obligación con independencia de su causa.

El Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 siguieron las huellas de Bibiloni y eliminaron del articulado los arts. 718 a 723.

CAPÍTULO VII

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES – PAGO

I. GENERALIDADES

972. NOCIÓN.– La *extinción* es el momento final de la vida de la obligación, después del cual cesa la relación jurídica que ella había establecido entre las partes, quedando éstas, desde ya desligadas. Es un momento *necesario* porque las obligaciones no perduran indefinidamente. Lo *relativamente efímero* de la relación obligacional es un rasgo característico de ella, que contrasta con la duración ilimitada, que en abstracto, pueden tener los derechos reales.

973. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS MODOS DE EXTINCIÓN.– El art. 724 dice: "Las obligaciones se extinguen:

Por el pago.
Por la novación.
Por la compensación.
Por la confusión.
Por la renuncia de los derechos del acreedor.
Por la remisión de la deuda.
Por la imposibilidad del pago".

Cabe señalar en cuanto a los medios de extinción *enumerados* que la doctrina moderna, renovando una antigua idea según la cual *confussio non extinguit obligationenm, sed magis personam eximit ab actione*, considera que la confusión no es un modo de *extinción* de la obligación sino de *paralización del ejercicio de los derechos del acreedor.* De ahí que si la confusión cesa por un acontencimiento posterior la obligación recobra su virtualidad (art. 867).

974.– Los modos de extinción de las obligaciones enunciados por el art. 724 no agotan las posibles causas de cesación de las relaciones creditorias.

a) Algunas obligaciones terminan por la *muerte o incapacidad* de las partes. La *muerte* funciona como *plazo extintivo* de las obligaciones inherentes a la persona (art. 498). Así ocurre en materia de locación de obra (art. 1640); de sociedad de dos personas (art. 1758), de mandato (art. 1963, inc. 3º), de renta vitalicia (art. 2083).

La *incapacidad sobreviniente* influye en la cesación de obligaciones que requieren la subsistencia de la habilidad legal de las partes: así el contrato de sociedad resulta afectado por la declaración de demencia de alguno de los socios (arts. 1769 y 1770).

b) También las obligaciones pueden cesar por la resolución, rescisión o revocación de los contratos que las originaron.

c) En ciertos casos particulares el *abandono de la cosa* puede ser liberatorio para el deudor; así el condómino puede sustraerse al pago de los gastos comunes mediante el "abandono de su derecho de propiedad" (art. 2685), derecho que por el contrario no funciona en materia de propiedad horizontal (art. 18, ley 13.512).

d) De acuerdo con lo dispuesto por la ley 19.551, de concursos (art. 253), como ya lo establecía la ley 11.077, *la caducidad concursal* si bien *no extingue* las obligaciones del deudor, limita la responsabilidad del deudor a los bienes adquiridos antes de los plazos legales referentes a la rehabilitación del concursado.

El desapoderamiento se extiende desde la declaración de quiebra hasta la rehabilitación y comprende todos los bienes que tenga el fallido en este lapso. El efecto respecto a los bienes que adquiera después de la rehabilitación es igual al establecido en la ley 19.551.

La ley 24.522, incorpora el instituto de la inhabilitación del fallido que es definitivo para las personas jurídicas, salvo conversión o conclusión de la quiebra (art. 237). Para las personas físicas fallidas y los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, la inhabilitación cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra o de la iniciación de la cesación de pagos, quedando sujeta a los supuestos de reducción o prórroga indicados por la ley (art. 236).

975. LA NOTA AL ART. 724.– Por su parte nuestro codificador dice en la *nota al art. 724,* que "se ha dispuesto ya sobre la extinción de las obligaciones por el cumplimiento de la condición resolutoria, y por el vencimiento del plazo resolutorio, y en otro lugar se tratará de la anulación de los actos que las hubiesen creado y de la prescripción." Las palabras del codificador suscitan varias observaciones:

a) Por lo pronto si bien no puede negarse el efecto destructivo del crédito que se da en la condición resolutoria, su acaecimiento no arrasa con todo lo ocurrido hasta que la condición se cumplió: se respetan los efectos que el acto ha producido en conexión con la buena fe subjetiva del acreedor (así ocurre con los frutos, que no deben ser devueltos, arts. 557, 2358 y 2423).

b) En lo que se refiere al llamado plazo resolutorio es innegable su función extintiva, que deja a salvo sin embargo los efectos del acto producidos hasta ese momento. Por eso es impropia la calificación de "resolutorio" que le asigna el codificador, pues no hay *resolución* (que es retroactiva) sino *extinción* de la obligación *para el futuro*. Corresponde hablar de "plazo extintivo".

c) La anulación, en cambio, no es un modo de extinción de las obligaciones, sino una sanción que la ley aplica al acto que padece de un vicio congénito, privándolo de sus efectos. No puede hablarse de extinción en este caso, pues no se pueden *extinguir* obligaciones que no existen por falta de causa.

d) Por último y en lo que se refiere a la prescripción, debe señalarse que no extingue la obligación sino la *acción* del acreedor para exigir su cumplimiento, dejando subsistente una obligación natural.

976. CLASIFICACIONES.– Los diversos modos de extinción de las obligaciones pueden ser agrupados en función de distintos criterios:

a) Según que el *deudor necesitara o no invocarlos*, los romanos clasificaban los medios extintivos según que *operaran de pleno derecho* (como el pago), o que funcionaran *exceptionis ope*, es decir por *vía de defensa o excepción*, como la prescripción o compensación. Esta clasificación carece de utilidad y ha sido abandonada.

b) Según el *contenido o sentido* del hecho extintivo, pueden clasificarse en *satisfactorios* del interés del acreedor como el pago, la novación

y la compensación y en *frustratorios* de ese interés como la renuncia o la remisión de la deuda.

c) Si se atiende a la *estructura* de las causas de extinción, es posible distinguirlas en *hechos jurídicos* independientes de la voluntad del hombre, como la confusión o la imposibilidad de pago y *actos jurídicos* que se ajustan al concepto del art. 944, como el pago.

d) Por nuestra parte en el estudio particular de las causas extintivas que haremos a continuación, nos atendremos a un esquema tripartito que toma en cuenta la *índole o estructura* de cada una de las figuras extintivas.

Si se tiene en cuenta que los modos de extinción de las obligaciones pueden ser *hechos jurídicos* (género) o *actos jurídicos* (especie), y que a su vez los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales se llega a la siguiente clasificación:

MODOS DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

- Actos jurídicos
  - Unilaterales
    - Pago
    - Abandono
    - Revocación
    - Resolución facultativa
      - Pacto comisorio
        - Expreso
        - Tácito
      - Cláusula resolutoria
      - Seña
    - Rescisión
  - Bilaterales (convenciones liberatorias)
    - Dación en pago
    - Novación
    - Transacción
    - Renuncia
    - Remisión
    - Distracto

- Hechos jurídicos
  - Compensación
  - Confusión
  - Imposibilidad de pago
  - Prescripción liberatoria
  - Caducidad concursal
  - Condición resolutoria
  - Plazo extintivo
    - Muerte, etc.
  - Incapacidad sobreviniente

II. PAGO

§ 1. Generalidades

977. DIFERENTES ACEPCIONES.– La palabra pago tiene diferentes acepciones:

a) Según la acepción *vulgar* el pago consiste en satisfacer una deuda de dinero.

b) En un sentido técnico, adoptado por nuestro codificador, pago quiere decir cumplimiento específico de la obligación, es decir "el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación" (art. 725). En las obligaciones de no hacer también cuadra calificar de pago la abstención del deudor en correspondencia con el deber negativo que pesa sobre él.

c) En un sentido más amplio que ya fuera sostenido por el jurisconsulto romano Paulo, pago significa extinción de la obligación por cualquier medio que implique la liberación del deudor, aunque no necesariamente la satisfacción del acreedor. Es una comprensión excesiva que desdibuja la figura del pago y engendra confusiones: así el pago por un tercero *no* trae aparejada la liberación del deudor, y no deja por ello de ser pago.

d) En un sentido más restringido se ubica el Código alemán: reserva el nombre de "pago" para el cumplimiento de obligaciones de dinero, y emplea la palabra "ejecución", para referirse al cumplimiento de las demás obligaciones.

95

En la acepción técnica que le da nuestro Código, el pago presenta como función esencial la de consumir el vínculo obligatorio mediante la realización de la finalidad para la cual había sido constituido.

978. FUNCIÓN DEL PAGO.– El pago marca el momento de mayor virtualidad de la obligación puesto que ésta se constituyó para eso, para pagarse: es, pues, el momento culminante de la existencia del vínculo y también el momento final o de disolución.

Según ello, la función primordial del pago, y la que cumple en todos los casos, es la de *consumir* el vínculo obligatorio mediante la realización de la finalidad para la cual había sido constituido. También, de ordinario, el pago implica la liberación del deudor y representa la satisfacción plena del interés del acreedor.

979. NATURALEZA JURÍDICA.– Sobre la naturaleza jurídica del pago, se han sustentado tres teorías fundamentales.

a) *Teoría del acto jurídico.*– Para la tesis que cuenta con el mayor auspicio doctrinario, tanto en nuestro país como en el extranjero, el pago es un *acto jurídico*. Se trata de un *hecho humano, voluntario, lícito*, que se realiza con el fin de *aniquilar un derecho,* por lo que presenta todos los caracteres típicos del acto jurídico (art. 944). Se discute si como acto jurídico es unilateral o bilateral: nosotros pensamos que es unilateral, porque sólo emana de la voluntad del *solvens* (conf. art. 946), siendo irrelevante para perfeccionar el pago la voluntad puramente pasiva del acreedor, quien no puede dejar de recibir la prestación ofrecida mientras exista identidad con el objeto debido.

b) *Teoría del hecho jurídico.*– Para una segunda teoría el pago es un *hecho jurídico*, pero no un acto jurídico, porque lo esencial sería no la finalidad con que obra el deudor sino la adecuación de su conducta objetiva a los términos de la obligación. A nuestro juicio esta teoría no puede aceptarse, porque es esencial para que exista pago, el *animus solvendi* de quien lo efectúa. Así si el deudor entrega al acreedor una prestación idéntica a la debida, pero lo hace a título de préstamo o donación, la coincidencia extrínseca entre la "conducta practicada" y la "conducta debida" no basta para configurar un pago.

c) *Teoría del acto debido.*– Según esta teoría sostenida por Carnelutti, el pago no es un acto jurídico sino un *acto debido* que integraría una

categoría especial de hechos humanos que se caracterizan por ser ordenados por la ley, de manera que el sujeto no es jurídicamente libre de substraerse a su realización. Pensamos que esta teoría no es satisfactoria porque no define la *naturaleza* del pago por lo que *éste es en sí mismo*. Según se ha dicho con razón, un acto considerado en sí mismo, puede ser un acto jurídico, aunque mirado en sus relaciones con otro acto o con una situación precedente pueda clasificarse por su *función* como acto debido. Que el pago sea un acto debido *no quita* que sea un acto libre y al mismo tiempo un acto jurídico que reúne todos los caracteres de tal.

d) *Teoría ecléctica.*– Para este punto de vista el pago sería a veces un hecho jurídico y otras veces un acto jurídico, según la obligación a que se refiriera. Esta teoría no convence: si aquello que se denomina "pago", cambia de *naturaleza* según la clase de obligación a que se refiere, esto significa que se está dando el mismo nombre de "pago" a cosas específicamente diferentes.

980. ELEMENTOS.– Considerado como acto jurídico, el pago presenta los siguientes elementos esenciales:

a) Por lo pronto supone una obligación preexistente que constituye la "causa" del pago, que sin ella no puede existir y por ende justifica el desplazamiento de bienes del patrimonio del *solvens* al patrimonio del *accipiens*. El llamado "pago sin causa", no es en realidad "pago", sino un acto jurídico inexistente.

b) El pago supone un *sujeto activo, solvens*, que es quien satisface la prestación debida. No se habla aquí de deudor, pues aunque por lo general es él quien paga, podría pagar un tercero interesado o aun un tercero no interesado a quien el acreedor quiera recibirle la prestación (ver *infra,* núms. 983 y sigs.).

c) El *sujeto pasivo* es el *accipiens*. Tampoco corresponde hablar aquí del acreedor, porque puede ocurrir que quien no lo sea esté autorizado para recibir el pago, por ejemplo el tenedor de un título de crédito al portador (art. 731, inc. 6º).

d) El pago supone un *objeto o prestación* que es aquello que satisface el *solvens* a favor del *accipiens*.

e) La intención de pagar o *animus solvendi*, que mueve al *solvens* a obrar el acto que realiza y permite distinguir el pago de otros actos jurídi-

cos que pueden tener la misma apariencia externa, como la donación manual o la constitución de un préstamo.

§ 2. Sujetos del pago

981. PERSONAS QUE PUEDEN PAGAR.– Este punto aparece decidido por el art. 726 que dispone que pueden hacer el pago los deudores no incapaces, "y todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación". Aunque el Código se refiere al deudor y a los terceros interesados, queda mentada también, implícitamente, una tercera categoría de personas: son los terceros no interesados en el cumplimiento de la obligación.

982. PRIMERA CATEGORÍA: EL DEUDOR.– Por lo pronto el *jus solvendi* corresponde al deudor, como un efecto de la obligación, según hemos visto (*supra*, nº 50). Es un derecho que subsiste mientras exista la obligación y por ello perdura aun después de la mora del deudor (*supra*, nº 102). Sin embargo, el *jus solvendi*, debe ser ejercido apropiadamente, en cuanto al objeto, modo, tiempo y lugar del pago (*infra*, núms. 1019 y sigs.).

Si el deudor es *singular* no se suscitan dificultades. Si los deudores son varios, ellos tienen que ajustar su conducta de *solvens* a las características de la respectiva obligación, según que ésta sea divisible, indivisible o solidaria.

En todos los casos, cuando tiene lugar la *muerte* del deudor, son los herederos de éste, a quienes pasa la deuda en proporción del respectivo haber hereditario, los que resultan titulares, en esa proporción, del *jus solvendi* (conf. arts 1195, 3417 y 3485).

El derecho de pagar, también puede ser ejercido por un *representante* del deudor, a menos que el pago debiera practicarse por éste en virtud de sus condiciones personales; en tal caso el acreedor puede negarse a recibir el pago del representante, porque fallaría la identidad entre el objeto de la deuda y el objeto del pago (art. 730).

Por último ha de tenerse presente, que si el deudor está afectado por una incapacidad de hecho, tal incapacidad sólo afecta el *ejercicio* del *jus solvendi*, pero no su *titularidad*. Por ello el pago podría ser hecho por el representante legal del deudor, y produciría sus efectos con relación al deudor incapaz.

983. SEGUNDA CATEGORÍA: LOS TERCEROS INTERESADOS.– Como resulta claramente del art. 726, gozan de *jus solvendi*, "*...todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación*".

El *fundamento* de tal principio es la prohibición del abuso de derecho. Hay abuso toda vez que el acreedor o el deudor intenta impedir el pago de la deuda a un tercero, *que quiera hacerlo para preservar un derecho suyo*.

Nuestro Código no define la noción de tercero interesado, por lo que es necesario fijar su alcance.

a) Antiguamente se decía que tercero interesado era quien no siendo deudor podía ser requerido por el acreedor para el pago, como el fiador. La noción es errónea: el acreedor *no puede* requerir el pago a quien no es su deudor; el fiador sin duda lo es, aunque subsidiario del deudor principal.

b) Para el Código alemán es tercero interesado quien corre el peligro de perder un derecho si el acreedor ejecuta un bien determinado del deudor. Esta noción es más exacta y coherente, aunque limitada porque el interés del tercero puede resultar amenazado también en otros supuestos.

c) Por nuestra parte pensamos que es *tercero interesado quien no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en su derecho si no paga la deuda ajena*.

984.– Esta noción es genérica y abierta, de modo tal que todo tercero que se encuentre en la situación descripta, puede efectuar el pago.

A título *enunciativo* y no *taxativo* pueden mencionarse los siguientes supuestos de personas que revisten la calidad mencionada.

a) Tercer poseedor de inmueble hipotecado. No es deudor pero puede perder la cosa si no paga la deuda.

b) Garante real: es quien ha constituido hipoteca o prenda en garantía de una deuda ajena sobre una cosa propia. Se encuentra en igual situación que el anterior.

c) Adquirente de un bien que fuera donado con cargo. Si la enajenación es gratuita, el incumplimiento del cargo puede originar la revocación de la donación (art. 1849) y aniquilar los derechos constituidos por el donatario sobre la cosa donada (arts. 1855 y 1856).

d) Otro acreedor del mismo deudor. Es el caso del acreedor que paga a otro acreedor que le es preferente (art. 768, inc. 1º) para preservar la subsistencia en el patrimonio del deudor de un bien expuesto a la ejecución de un acreedor intemperante.

96

e) Delegatario de la deuda: es el que ha convenido con el deudor encargarse del pago, en lugar suyo, y puede ser demandado por el deudor por indemnización de los daños y perjuicios consiguientes, si no cumpliera su compromiso y no hiciera el pago.

En cambio no es un tercero *el fiador*, quien es frente al acreedor un deudor condicional que *deberá* pagar si el deudor no lo hace.

985.– El derecho de pagar de los terceros interesados no resulta bloqueado por la oposición del deudor o del acreedor, ni por la oposición conjunta de ambos.

a) La oposición del deudor no obsta al pago del tercero interesado quien está autorizado a hacerlo "contra la voluntad del deudor" (art. 728). El efecto de la oposición es impedir la subrogación legal del tercero en los derechos del acreedor. El fundamento de este principio es claro: el deudor tiene el derecho de pagar y de ejercerlo con preeminencia sobre quien quiere substituirlo; lo que no puede hacer el deudor es *dejar de pagar* y pretender que tampoco lo haga otro, si la falta de pago puede perjudicar al tercero.

b) La oposición del acreedor es tan irrelevante como la del deudor; el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero interesado (art. 729). Concurre el mismo fundamento que se da con relación al deudor. Si el acreedor resiste sin razón el pago del tercero, incurre en *mora accipiendi* y es responsable de los daños y perjuicios que sufra el tercero.

Claro está que la oposición del acreedor, es por el contrario legítima cuando tiene *interés* en que el pago sea efectuado personalmente por el deudor pues en tal caso no concurriría la *identidad en el objeto* del pago con relación al objeto de la deuda (art. 730). El Código se refiere a las obligaciones de hacer pero también pueden ser materia de una oposición legítima las obligaciones de dar, si la prestación que pretende realizar el tercero presentara una evidente desventaja con relación a la que haría el deudor. En todo caso, al acreedor que rechaza el pago le incumbe probar su interés en que sea el deudor quien lo satisfaga.

c) Cuando la oposición la formulan *conjuntamente el acreedor y el deudor*, subsiste igualmente el derecho del tercero interesado a hacer el pago. No puede admitirse que si la oposición individual de uno y otro es irrelevante, la suma de dos oposiciones igualmente inocuas pueda producir efectos. Por otra parte, si la oposición conjunta del acreedor y el deudor fuera eficaz, a pesar del demostrado interés del tercero, se vendría a cohonestar la confabulación de las partes para impedir al tercero la defensa de sus intereses legítimos.

986. TERCERA CATEGORÍA: TERCEROS NO INTERESADOS.– El concepto de tercero no interesado se elabora por su oposición al de tercero interesado. Por ello, *tercero no interesado es la persona extraña a la obligación que no sufre detrimento en derecho alguno por la ausencia de pago de la deuda.*

El art. 726, al enunciar quienes están legitimados para pagar, *omite* a los terceros no interesados, lo cual es enteramente lógico. No podrían esos terceros intentar inmiscuirse en los asuntos ajenos, si se les rehúsa la injerencia, puesto que, por hipótesis ningún menoscabo habrán de sufrir.

En suma, los terceros no interesados, por carecer del derecho de pagar, sólo pueden intervenir en el pago, en base al *consentimiento* del acreedor. En cuanto al *consentimiento* del deudor es incompatible con la condición de tercero, porque frente al acreedor, ese tercero pasa a ser *representante* del obligado que actúa por cuenta de éste.

987. EFECTOS QUE PRODUCE EL PAGO EFECTUADO POR UN TERCERO.– Los efectos del pago efectuado por un tercero, son numerosos, aunque todos están dominados por la *idea de desdoblamiento*. No es acertado el art. 727, cuando determina que luego del pago efectuado por un tercero, "queda la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías". El pago del tercero *no extingue* la deuda: el deudor continúa obligado frente al tercero. Se ha producido un desdoblamiento en la relación obligacional cuyos efectos corresponde examinar en cuanto a las relaciones entre el tercero y el deudor; el tercero y el acreedor y también con respecto a las relaciones entre acreedor y deudor.

988. A) EFECTOS EN LAS RELACIONES DEL TERCERO CON EL DEUDOR.– El tercero que ha satisfecho la deuda tiene derecho con respecto al deudor, a que éste le reintegre lo pagado, salvo la hipótesis ciertamente muy excepcional, de que el pago hubiera sido hecho *animus donandi*, para hacer una liberalidad al deudor, lo que no cabe presumir (art. 1818). Cuadra distinguir tres supuestos:

a) Cuando el tercero practica el pago *"con asentimiento del deudor"* (art. 727), se comporta como un representante de éste, frente a quien deja de ser tercero o extraño para convertirse en *mandatario* suyo. Se

comprende que el tercero pueda "pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago" (art. 727, 2ª cláusula). Es una recuperación integral de todo lo desembolsado, con los intereses del anticipo desde la fecha del desembolso (art. 1950); no interesa que la obligación sea nula o estuviera prescripta porque el deudor carga con las consecuencias de una gestión practicada por su cuenta, que ha consentido.

b) Cuando el tercero actúa sin el consentimiento del deudor ("ignorándolo éste", dice el art. 727), se configura una *gestión de negocios* en virtud de la cual el tercero puede repetir del deudor "todos los gastos que la gestión le ha ocasionado con los intereses desde el día que los hizo" (arts. 2298 y 727). Aquí, sin embargo, influyen en la procedencia del reembolso, la validez o eficacia de la obligación pagada por el tercero, quien no podría pretender el reembolso si la deuda fuese inválida o estuviese prescripta, pues en este caso, la gestión no habría sido de utilidad para el deudor que permaneció ajeno a ella.

El tercero debe dar aviso del pago al deudor para que éste no lo satisfaga nuevamente. Si por falta de aviso el acreedor de mala fe recibe nuevamente el pago del deudor, el tercero carece de acción de reembolso contra el deudor y sólo puede pretender la repetición de lo pagado contra el acreedor, como pago sin causa.

Al margen de la acción *de mandato o de gestión de negocios*, el tercero puede pretender el reembolso, invocando la subrogación de los derechos del acreedor que le concede el art. 768, inc. 3º. Al *solvens* le corresponde elegir la acción de reintegro que quiere deducir, según la finalidad que pretenda y las dificultades de prueba que puedan existir; en una palabra según su conveniencia. También puede acumular ambas acciones a los efectos de un único reintegro. Sin embargo, elegida una acción, la otra queda extinguida.

En lo que se refiere a la *exigibilidad* del reembolso, si el tercero paga antes del vencimiento de la deuda, no puede obtener el reintegro hasta el transcurso del plazo que torna exigible el crédito (art. 727, 3ª parte).

c) Si el pago ha sido hecho por el tercero *contra la voluntad del deudor*, la falta de conformidad de éste no influye en la validez del pago, pero interesa determinar si el tercero tiene derecho a reintegro frente al deudor.

Apartándose de lo que en su tiempo era la opinión dominante, Vélez Sarsfield acordó al tercero, en este supuesto, el derecho a "cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago" (art. 728). Según el criterio del codificador (expuesto en la nota al art. 728) se da en este caso un supuesto de enriquecimiento sin causa: sería injusto que el tercero no pudiera obtener un reembolso equivalente a la utilidad obtenida por el deudor. Este concepto fija los límites del reembolso: el tercero no puede pretender el reintegro de todo lo pagado, sino el importe de la utilidad que recibe el deudor. El tercero que pretende el reembolso tiene a su cargo probar que el pago ha reportado utilidad al deudor que se opuso a él.

989. B) EFECTOS EN LAS RELACIONES DEL TERCERO CON EL ACREEDOR.– Mientras haya identidad entre el objeto de la obligación y el objeto en trance de pago, el acreedor no puede oponerse a ese pago que quiere hacer un tercero *interesado*. Claro está que si el tercero pretendiera investir la calidad de *deudor*, el acreedor estaría facultado para rechazar el pago. Tal el caso de un extraño que pretendiera pagar al locador lo que adeuda el inquilino, para adquirir así derechos relativos al inmueble.

Si el tercero actúa realmente como tal, su pago es *definitivo*, y no podría repetirlo invocando la circunstancia de no ser el deudor.

En cambio habría lugar a repetición: a) si el *solvens* es incapaz, en cuyo caso el acto es nulo (art. 1040), y procede la restitución de lo dado en pago; b) si el pago fue hecho por error, creyéndose el tercero deudor de la obligación (art. 784), en cuyo caso el pago es anulable; c) si el pago resultase sin causa por haber el deudor pagado la deuda por falta de aviso del tercero.

Fuera de los casos de invalidez del pago, el pago del tercero es ineficaz, si sobreviene la evicción de la cosa dada en pago, o si ésta tiene vicios redhibitorios que conducen al acreedor a devolverla. Esto es lógico, porque el pago del tercero sólo puede tener efecto cancelatorio cuando realmente desinteresa al acreedor.

990. C) EFECTO EN LAS RELACIONES DE ACREEDOR Y DEUDOR.– El pago efectuado por un tercero es cancelatorio del crédito, siempre que sea satisfactorio para el acreedor, quedando excluido ese efecto en los supuestos de *invalidez lato sensu del pago*, comprensivos de los casos de *inexistencia jurídica, de nulidad* propiamente dicha y de *anulación* del pago. Tampoco alcanza el efecto cancelatorio al pago "ineficaz", esto es, el pago que aunque inicialmente válido, queda luego destituido de su virtualidad cancelatoria por una causa sobreviniente: tal el caso de evicción de la cosa dada en pago.

Contrariamente, el pago efectuado por un tercero no es *liberatorio* para el deudor, quien sigue sometido a la deuda, pero ahora con respecto al tercero; tampoco implica ese pago *reconocimiento* de la deuda, ni *confirmación* de la obligación nacida de un acto viciado de nulidad. Por ello, frente al tercero que le exige el reembolso, el deudor puede oponer, si correspondiera, la inexistencia o nulidad de la deuda.

Por último, el pago del tercero no *consolida* el contrato que engendró la obligación, y si el deudor tuviera el derecho contractual de arrepentirse, puede ejercerlo a pesar de ese pago.

991. COMPARACIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS Y NO INTERESADOS.– Como hemos visto varía la situación del tercero según que tenga o no un legítimo interés en hacer el pago:

a) Si bien ambos son extraños a la deuda, el tercero interesado puede sufrir menoscabo en su derecho si no se paga la deuda; en cambio el tercero no interesado no sufre este menoscabo y actúa *oficiosamente* en interés del acreedor o del deudor.

b) Sólo los terceros interesados gozan del *jus solvendi*, y pueden obligar al acreedor a que éste reciba el pago contra su voluntad; el tercero no interesado sólo puede pagar si el acreedor, espontáneamente, acepta el pago.

c) El interés del tercero influye en la validez del pago: el pago hecho por el tercero interesado a quien está en posesión del crédito (ver *infra*, núms. 999-1002) libera al deudor frente al acreedor. En igual circunstancia el pago de un tercero no interesado no libera al deudor, a quien el acreedor verdadero puede exigirle el cumplimiento de la obligación.

Por último cabe señalar que es irrelevante la actitud del deudor para calificar la actuación del tercero: a pesar de la voluntad contraria del deudor, el pago será válido si se sustenta en el interés del tercero o en el derecho del acreedor de recibir el pago de cualquier tercero.

992. PERSONAS QUE PUEDEN RECIBIR EL PAGO.– Tienen derecho a recibir el pago: 1º) el acreedor; 2º) el representante del acreedor; 3º) el tercero habilitado para recibir el pago. El pago hecho en manos de tales personas es *válido y cancelatorio de la deuda*, aunque eventualmente pueda no ser satisfactorio para el verdadero acreedor. Siendo el pago válido no puede ponerse al deudor frente a la contingencia de tener que pagar dos veces la misma deuda. Eso significa que la calidad habilitante del *accipiens* se aprecia en función del deudor. Examinaremos, ahora, los distintos casos.

993. A) TITULAR DEL CRÉDITO O ACREEDOR.– Por lo pronto quien siempre está legitimado para recibir el pago es el acreedor, es decir, "la persona a cuyo favor estuviera constituida la obligación" (art. 731, inc. 1º). Si el sujeto activo de la obligación es singular, el caso no presenta dificultades.

Si la obligación tiene un sujeto activo plural, el pago debe hacerse: a cualquiera de los acreedores si la obligación fuese indivisible o solidaria y el deudor no estuviera demandado por alguno de ellos (art. 731, inc. 2º); a cada uno de los acreedores según la cuota que les corresponda, si la obligación fuese divisible y no fuese solidaria. Se aplican las reglas de los arts. 667 y siguientes, 690 y siguientes y 699 y siguientes que hemos estudiado (*supra*, nº 810).

Cuando media la transmisión del título de acreedor, se desplaza también el *jus accipiendi* hacia los sucesores del acreedor primitivo. Si media *sucesión universal* por causa de muerte del acreedor o coacreedor, el pago debe hacerse a sus sucesores universales (herederos o legatarios de cuota), según la cuota que les correspondiere, "no siendo la obligación indivisible" (art. 731, inc. 4º).

Si la cesión es a título particular, el pago debe hacerse "a los cesionarios o subrogados, legal o convencionalmente" (art. 731, inc. 5º). Esta norma se aplica al cesionario del crédito y a los que han efectuado un pago con subrogación (ver *infra*, núms. 1080 y sigs.). En cambio no se aplica al acreedor que ejerce la *acción subrogatoria*, quien no está habilitado para recibir el pago (ver *supra*, nº 436).

Si la sucesión es *mortis causa*, pero a título particular –caso del legado de crédito (arts. 3751 y 3786)–, es indudable el derecho del legatario para recibir el pago.

994. B) REPRESENTANTES DEL ACREEDOR QUE PUEDEN RECIBIRLO.– El representante legal o convencional del acreedor puede recibir el pago por cuenta de su representado (art. 731, inc. 1º). También está habilitado para ello el representante judicial.

La *representación* legal es la que establece la ley para suplir la actividad de quienes están jurídicamente impedidos de obrar por sí mismos: en tal caso se encuentran los acreedores comprendidos en los arts. 54 y 55; sería parecida la situación de los inhabilitados del art. 152 bis, si se trata de pagos que importan actos de disposición, o bien actos de administra-

ción prohibidos por la sentencia, con la diferencia de que tratándose de los incapaces, el pago debe ser recibido por quien los *representa* legalmente, mientras que en el caso del inhabilitado, es *éste* quien recibe el pago, *asistido* por el curador, que le da la venia para ese acto.

Los ausentes declarados tales en juicio están asimilados a los incapaces en cuanto al cuidado de sus bienes (ley 14.394, art. 15). El pago de lo que se les debe puede recibirlo el curador a los bienes que se designe.

En el régimen del Código, la *representación convencional* surge del contrato de mandato. El mandato *general* sólo autoriza a recibir pagos que configuren actos de administración (art. 1880). Los pagos que están fuera de esta categoría requieren *poder especial* (art. 1881, inc. 1º).

El mandato puede ser tácito (arts. 918 y 1874). Así se han considerado mandatarios tácitos del acreedor: sus dependientes; sus mensajeros portadores de un recibo firmado por él; el apoderado para celebrar un contrato de locación, quien está autorizado para recibir los alquileres que se deben satisfacer en ese acto, etcétera.

Por último, es mandatario judicial el delegado del juez a quien éste autoriza para recibir un pago. Así, es válido y libera al deudor el pago que éste le hace al oficial de justicia que lo intima, precisamente, a pagar.

995. C) TERCERO HABILITADO PARA RECIBIR EL PAGO.– La habilitación para recibir el pago se aprecia con relación al deudor. El deudor practica un pago válido que es cancelatorio de su deuda, cuando lo satisface a un tercero que está legitimado para recibirlo aunque el pago no resulte satisfactorio para el verdadero acreedor. Esta situación se da en los tres casos que analizamos a continuación.

996. a) *Adjectus solutionis gratia.*– Según el art. 731, inc. 7º, el pago debe hacerse "al tercero indicado para poder hacerse el pago, aunque lo resista el acreedor, y aunque a éste se le hubiese pagado una parte de la deuda".

Esta norma contempla una figura de considerable aplicación en el Derecho Romano, el *adjectus solutionis gratia* que tuvo mucho auge cuando todavía no se conocía la teoría de la representación en razón del carácter personalísimo de la obligación. Para suplir un poder cuya existencia no se concebía, se incorporaba a la obligación a un tercero encargado de recibir el pago.

Si bien en el derecho moderno el *adjectus* ha perdido importancia, porque resulta más eficaz la representación convencional, debe fijarse la

naturaleza jurídica de esta figura, incorporada a nuestro derecho positivo. En este sentido el *adjectus* tiene un título abstracto para recibir el pago, cuya verdadera índole resultará de las relaciones paralelas que mantenga con las partes; mandatario, donatario, socio, etcétera. Pero estas relaciones paralelas no impiden que el *adjectus* tenga un derecho *propio y abstracto* a recibir el pago.

De este carácter abstracto resultan consecuencias importantes: por lo pronto el acreedor no puede revocar la designación del *adjectus* y el deudor puede hacerle el pago aunque el acreedor lo resista (art. 731, inc. 7º). Si acreedor y deudor se ponen de acuerdo en revocar la designación, tal acuerdo sólo producirá efectos si el *adjectus* no hubiese aceptado todavía el beneficio; si lo hubiese hecho, su designación es irrevocable para ambas partes (art. 504).

El derecho del *adjectus* sólo se refiere al beneficio del pago. Tiene *facultad* de recibirlo, y *acción* para exigirlo judicialmente según corresponde a todo derecho. Sin embargo no por ello el *adjectus* se convierte en acreedor. Es sólo titular del beneficio del pago, pero no tiene la facultad de disponer del crédito, mediante novación, transacción, remisión, etcétera, todo lo cual queda reservado al acreedor. Si el ejercicio de estas facultades del acreedor le causa perjuicios, el *adjectus* podrá reclamar su indemnización, pero sólo por virtud de la relación paralela que mantenga con las partes.

No influye sobre la titularidad del beneficio del pago la muerte o incapacidad sobrevinientes del *adjectus*: en estos casos el pago deberá hacerse a sus sucesores o a su representante legal, respectivamente.

997. b) *Tenedor de un título al portador.*– De acuerdo con el inc. 6º del art. 731, también está habilitado para recibir el pago quien presente un título de crédito al portador, "salvo el caso de hurto o de graves sospechas de no pertenecer el título al portador".

La disposición juega cuando el portador del documento de crédito no es el acreedor, sino un tercero. La validez del pago se apoya en la buena fe del deudor, a quien no puede reprochársele que haya hecho el pago a quien se presentaba como un acreedor aparente. Cesa la validez del pago cuando el deudor carece de buena fe, o cuando actúa culpablemente, pagando a pesar de las "graves sospechas". En el caso de una fundada duda sobre la titularidad del crédito, el deudor, para eludir toda responsabilidad, debe consignar judicialmente lo debido, por cuenta de "quien corresponda" (ver *infra*, núms. 1041 y 1042).

98

998. c) *Poseedor del crédito o acreedor aparente.*– Aquí aparece una nueva categoría de extraños que están legitimados para recibir el pago *con relación al deudor*. Si éste paga a quien es *poseedor del crédito o acreedor aparente*, su pago es válido aunque no aproveche al verdadero acreedor. En contraste con el pago efectuado por un tercero, aquí el pago efectuado a un tercero, que no es satisfactorio para el verdadero acreedor, libera sin embargo al deudor (art. 732).

Poseedor del crédito o acreedor aparente es quien goza pacíficamente a los ojos de todos de la condición de acreedor y se comporta como tal con independencia de que lo sea o no. La doctrina moderna se refiere al "acreedor aparente" y no al "poseedor del crédito" (como lo hace el art. 732), y reserva el vocablo poseedor para la materia de los derechos reales.

No influye en el concepto de poseedor del crédito la *tenencia material* del documento justificativo del crédito, ni el hecho de ser el poseedor luego "vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda" (art. 732), porque la calificación se refiere al momento del pago.

Revisten la calidad de acreedores aparentes: el heredero aparente (art. 3430); el cesionario del crédito luego de pronunciada la anulación de la cesión, el legatario del crédito instituido en virtud de un testamento anulado o que resulte revocado, etcétera.

999.– Para que sea válido el pago que tratamos debe reunir determinados *requisitos*:

En primer lugar, el *solvens* tiene que haber pagado de buena fe, es decir, persuadido sin duda alguna de que el *accipiens* es el verdadero acreedor. En caso de duda el deudor debe abstenerse de pagar: la conducta apropiada en tal caso es consignar judicialmente lo debido. La mala fe del *accipiens* es irrelevante, porque la ley se ha propuesto proteger la buena fe del deudor.

En segundo lugar es necesario que el *solvens* haya padecido un *error de hecho* y que éste sea excusable. Por tanto, si el error hubiese sido de *derecho* (así, si fallecido el acreedor el deudor paga al heredero y no al legatario del crédito), tal error no podría ser invocado (arts. 20 y 923), y el deudor deberá pagar nuevamente al legatario, quien jurídicamente es el verdadero acreedor.

1000.– Puede ocurrir que el pago al acreedor aparente lo haga un *tercero*. Si se trata de un tercero no interesado, la relación obligacional entre el deudor y el verdadero acreedor no se ve afectada para nada, pues el art. 732 es extraño a semejante caso. En cambio si el pago es realizado por un tercero interesado, se asimila al que hubiera podido practicar el mismo deudor, siendo estrictamente aplicable el art. 732, ya que el tercero interesado goza del *jus solvendi* (ver *supra*, núms. 983 y sigs.).

1001.– ¿Cuál es la situación del verdadero acreedor en el supuesto del art. 732? Desde luego, el acreedor carece de acción contra el deudor, pues éste ha quedado liberado *ministerio legis*; pero justamente al no poder accionar contra el deudor, nace un crédito del acreedor (que nada ha recibido) contra el acreedor aparente, que carecía de derecho para recibir el pago. Si el *accipiens* actuó de buena fe, el acreedor tiene contra él una acción de enriquecimiento sin causa para que le entregue el beneficio percibido en la medida del empobrecimiento del acreedor. Si el *accipiens* recibió el pago de mala fe, comete un hecho ilícito que le obliga a indemnizar al acreedor todos los daños que él sufra como consecuencia de este hecho.

1002.– Cabe señalar, por último, que el régimen del art. 732 se aplica sólo al pago, y no se extiende a otros supuestos en que juegan medios extintivos de la obligación equivalentes al pago, como la novación, la compensación o la remisión de la deuda. Así, por ejemplo, si el *acreedor aparente* hace remisión de la deuda, tal acto carece de eficacia: el acreedor aparente no puede disponer de un derecho ajeno.

1003. D) TERCERO NO AUTORIZADO PARA RECIBIR EL PAGO.– Si el pago es hecho a un tercero no autorizado, naturalmente, no es oponible al acreedor.

Sólo podría darse una consecuencia distinta si el acreedor lo ratificase, o cuando el pago se hubiese convertido en utilidad del acreedor (art. 733).

Cuando el pago se convierte en interés del acreedor, sería injusto que éste, a pesar de la utilidad recibida, pudiese cobrar su crédito íntegramente del deudor. Para evitar este resultado injusto y simplificar las relaciones entre los interesados, el legislador opta por declarar válido el pago en la medida de la utilidad recibida por el acreedor, que se mide al tiempo del ingreso de la prestación en su patrimonio.

§ 3. Capacidad para recibir o efectuar pagos

1004. CAPACIDAD EN EL PAGO.– Siendo el pago un acto jurídico requiere que el sujeto de dicho acto sea capaz (conf. art. 1040). Esto se aplica desde luego a quien paga (sujeto activo) y también a quien recibe el pago (sujeto pasivo), pues la recepción del pago implica disponer del crédito, disposición que requiere la capacidad de quien la practica.

1005. CAPACIDAD PARA EFECTUAR PAGOS. PRINCIPIO LEGAL.– De acuerdo con el art. 726, que se aplica a las obligaciones en general, *"pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces"*.

La capacidad se aprecia en función de la índole de cada pago. Se puede tener capacidad para efectuar un determinado pago, como pagar un impuesto inmobiliario, que es un acto de administración y carecer al mismo tiempo de capacidad para *dar en pago* el inmueble, que es un acto de disposición.

Por ello, respecto de cada acto cuadra atender a las distintas categorías de incapaces previstas en el Código, teniendo presente como regla básica que son incapaces para efectuar pagos quienes no tengan aptitud legal para realizar el acto cuya ejecución se concreta mediante el pago en cuestión.

Son incapaces para pagar las personas mencionadas en los arts. 54 y 55, en la *medida* en que lo son para otorgar actos jurídicos. Así el menor que ha cumplido 18 años que goza de amplia capacidad laboral (art. 128) puede hacer los pagos concernientes a las actividades que la ley le autoriza.

Los menores emancipados no pueden efectuar pagos que configuren actos de disposición de bienes recibidos a título gratuito; pueden en cambio efectuar pagos que impliquen actos de disposición si se refieren a bienes adquiridos a título oneroso.

Los inhabilitados del art. 152 bis no pueden, sin la venia de su curador, efectuar pagos que impliquen actos de disposición, o aun actos de administración que se les hubiese prohibido realizar en la sentencia que declaró la inhabilitación.

Tampoco existe capacidad para pagar en las personas casadas que carecen de la autorización del otro cónyuge, o de la autorización judicial, si el pago implica disponer de bienes inmuebles o muebles registrables de

carácter ganancial, o del inmueble, propio o ganancial, en que está radicado el hogar conyugal (art. 1277).

1006.– El pago efectuado por el incapaz es *nulo* (arts. 1041 y 1042) y la nulidad es *relativa*, porque aun en el caso de los cónyuges, la prohibición legal está enderezada a tutelar un interés particular. La nulidad del pago obliga al *accipiens* a restituir al *solvens* lo dado en pago. Esta restitución, que juega rigurosamente si el *solvens* es un tercero, no se aplica al caso en que el pago lo haga el verdadero deudor. Es que en este caso el efecto de la nulidad que conduciría a la devolución de lo pagado, *queda neutralizado por el efecto de la compensación*. El *solvens* incapaz es acreedor de lo dado en pago, en virtud de la acción de nulidad; pero el acreedor lo es también del mismo objeto dado en pago, en virtud del título de la obligación. Ambas obligaciones se compensan, siempre que exista identidad entre lo que se *dio en pago* y lo que se *debía dar*.

Pese a la nulidad del pago, en los raros casos en que no funcione la compensación tampoco habrá lugar a la restitución de las cosas pagadas, cuando el *accipiens* las hubiera consumido de buena fe (art. 738, 2ª parte).

1007. CAPACIDAD PARA RECIBIR PAGOS.– Aunque el *accipiens* tiene una intervención pasiva en el pago, el pago es inválido cuando quien lo *recibe espontáneamente es incapaz*. Por lo pronto, "lo que está dispuesto sobre las personas que no pueden hacer pagos, es aplicable a las que no pueden recibirlos" (art. 739); es decir, que el pago *recibido* por un incapaz también es nulo, conclusión que refuerza el art. 734, primera parte, al prohibir que se haga el pago a "persona impedida de administrar sus bienes". Todavía la ineficacia del pago al incapaz es remarcada por el art. 735, al determinar que tal pago no extingue la obligación si el deudor lo hace conociendo la incapacidad sobreviniente del acreedor.

Según la fórmula del art. 734, primera parte, no están legitimados para recibir el pago quienes estén impedidos de administrar sus bienes. El impedimento legal se aprecia en función de la índole de cada pago, y puede ser *absoluto*, en cuyo caso comprende cualquier pago, o *relativo*, por referirse sólo a determinados pagos.

El impedimento es *absoluto* para los incapaces mencionados en el art. 54; para los inhabilitados del art. 152 bis, a quienes la sentencia les hubiese prohibido recibir toda clase de pagos; y con respecto a los concursados o fallidos, pues al ser ellos desapoderados de sus bienes, la facultad de cobrar sus créditos pasa al síndico.

Tienen impedimento relativo los menores adultos, con relación a pagos que conciernan a actos que no pueden realizar; los menores de 18 a 21 años con relación a pagos ajenos a su actividad laboral o profesional; y los inhabilitados del art. 152 bis con relación a pagos referentes al precio o contraprestación de bienes enajenados, que no pueden recibir sin anuencia de su curador.

1008.– Aquí también la violación de la prohibición legal determina que el pago hecho al incapaz sea nulo, de nulidad relativa. Si el pago es hecho al concursado o fallido es inoponible a la masa de acreedores.

Siendo la nulidad relativa, sólo puede aducirla el incapaz; carece de acción el *solvens* capaz para demandar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte; pero lo que sí puede hacer ese *solvens*, mientras subsista la utilidad de la prestación satisfecha y no haya sido dilapidada por el incapaz, es demandar judicialmente y con intervención del representante del incapaz que sea imputada dicha prestación y en la medida de la utilidad subsistente al pago de la deuda: sería una demanda por *imputación* de pago a la que es dable recurrir en base a lo dispuesto por el art. 734, segunda parte.

1009.– Excepcionalmente, el pago hecho en manos del incapaz puede ser válido en dos casos. En primer lugar, siendo la nulidad establecida por la ley para proteger la integridad del crédito de que es titular el incapaz y evitar que disipe lo recibido en pago, la razón de ser de la nulidad desaparece cuando el pago ha sido *provechoso* para el incapaz, por ejemplo, si éste lo invierte en mejoras útiles o expensas necesarias, y en la *medida* de esa utilidad (art. 734, *in fine*).

En segundo lugar, es válido el pago si la incapacidad del acreedor ha sido sobreviniente a la constitución de la obligación y el *solvens* ha actuado de buena fe, ignorando la incapacidad (art. 735). La solución es enteramente lógica, pues si es válido el pago hecho de buena fe al acreedor sólo aparente, con mayor razón debe serlo el que se hace al acreedor verdadero, que está afectado por una inhabilidad sobreviniente que el *solvens* no ha conocido.

III. OBJETO DEL PAGO

1010. Qué se debe dar en pago.– El objeto del pago ha de coincidir con el objeto de la deuda. Consistirá, pues, en una cosa o en un hecho, o en una abstención, según lo que fuese el objeto de la obligación. Para que el pago sea válido respecto de su objeto, han de concurrir requisitos de fondo y requisitos circunstanciales.

Los requisitos de fondo son: a) *identidad* entre el objeto del pago y el objeto de la deuda; b) *integridad* cuantitativa del objeto del pago; c) *propiedad* del *solvens* sobre la cosa que paga cuando el pago es traslativo de dominio; d) *disponibilidad* del *solvens* respecto del bien en trance de pago; e) ausencia del vicio de fraude con respecto a otros acreedores.

Los requisitos *circunstanciales* del pago se refieren al *lugar y tiempo* del pago, o sea su *localización y puntualidad.*

1011. I) Principio de identidad.– De acuerdo con lo dispuesto por el art. 740, el deudor debe entregar la *misma* cosa a cuya entrega se obligó y no puede pretender que el acreedor reciba una cosa distinta, aunque sea de igual o mayor valor.

Esta necesidad de igualar la sustancia del pago con el objeto de la obligación, rige para el deudor y el acreedor por igual. Sólo por acuerdo de ambos podría dejarse de lado esa identidad.

El principio, que se aplica con todo rigor si se trata de obligaciones de dar cosas ciertas, admite cierta morigeración si el objeto debido son cosas genéricas o cantidades de cosas. Por aplicación del principio de la buena fe (art. 1198), sería apropiado que el deudor pagara una cantidad mayor que la debida (porque lo más contiene lo menos) o que pagara una cosa de mejor calidad por el mismo precio y sin desventaja para el acreedor.

Cuando la obligación es de hacer, "el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho que no sea el de la obligación" (art. 741). Va de suyo que si la obligación es de no hacer, el deudor no puede pretender cumplir absteniéndose de realizar un hecho *distinto*; debe abstenerse del hecho al cual se refiere la obligación.

1012. II) Principio de integridad.– El pago debe ser *completo*, es decir, abarcar toda la cuantía del objeto debido. Por ello "no puede el deudor obligar al acreedor a que acepte en parte el cumplimiento de la obligación" (art. 742). Aun cuando la prestación sea fraccionable, el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni tampoco el deudor a hacerlos (art. 673, última parte).

Por aplicación de este principio, establece el art. 744 que cuando se adeude una suma de dinero con intereses, el pago no se considera completo si no se pagan *"todos los intereses con el capital"*. El principio de inte-

gridad se aplica también a los demás accesorios de la deuda, como las costas judiciales.

Sin embargo, el principio de integridad no es absoluto. El deudor puede ser autorizado para efectuar pagos parciales por convenio de las partes, ya que se trata de una materia que sólo afecta al interés particular. También la ley, excepcionalmente, puede autorizar el pago fraccionado de la deuda: esto ocurre cuando el deudor se acoge al beneficio de competencia; cuando los bienes del deudor son insuficientes para cubrir su pasivo, en cuyo caso cada acreedor recibe, de hecho, un pago parcial; y cuando la deuda es sólo en parte líquida, en cuyo caso el acreedor puede exigir el pago de la parte líquida aun antes de que se practique la liquidación del total (art. 743).

Si acreedor y deudor mantienen varias relaciones creditorias independientes, el principio de integridad funciona separadamente para cada una de ellas: no podría el acreedor negarse a recibir el pago de una de ellas porque no se le paguen las otras. Si la deuda es simplemente mancomunada, el principio de integridad no se afecta por la circunstancia de que cada acreedor o deudor esté confinado a su cuota: es en relación a la cuota de cada acreedor o deudor que corresponde requerir la integridad.

1013. III) PROPIEDAD DE LA COSA CON QUE SE PAGA.– Cuando mediante el pago se transfiere el dominio de una cosa, el *solvens* debe ser propietario de ella (art. 738).

Si el pago se efectúa con una cosa ajena, el pago es *anulable*, porque la determinación del dominio requiere una investigación de hecho (conf. art. 1045). La nulidad es relativa porque sólo protege un interés particular. El *solvens* carece de derecho para ejercer la acción de nulidad. Esta solución, que el codificador indica en la nota al art. 738, es indudable, porque el vendedor, que es el típico *solvens*, que puede entregar una cosa ajena para transferir su dominio, "no puede demandar la nulidad de la venta ni la restitución de la cosa" (art. 1329).

En cambio, y sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa, ajeno al pago, dentro de la relación obligacional es el acreedor el titular de la acción de nulidad. Así lo establece el art. 1329 para el comprador de buena fe (acreedor de la cosa que ignora que es ajena) y no hay razón para no generalizar el principio.

El acreedor de buena fe debe restituir la cosa ajena en el estado en que se encuentre, salvo que haya perecido por un caso fortuito, en cuyo caso la pérdida debe recaer sobre quien hizo el pago inválido.

100

Es un requisito para que pueda ejercerse la acción de nulidad, que el *solvens* esté expuesto a la reivindicación del dueño de la cosa, aunque ese peligro no alcanzare al *accipiens* de buena fe. Aunque el *accipiens* esté resguardado de la reivindicación, no está obligado a soportar la violencia moral de tener que aceptar el pago que se le hace lesionando el derecho del propietario: así ocurriría si luego de efectuado el pago el *accipiens* que lo hubiese recibido de buena fe descubriera que el *solvens* era depositario o comodatario y no dueño de la cosa entregada en pago.

La acción de nulidad se extingue si el propietario de la cosa *ratifica* el pago (arg. art. 1330, 1ª parte), o cuando el dominio se consolida en cabeza del *solvens*, que viene a ser sucesor universal o singular del propietario (art. 1330, *in fine*).

1014.– En lo que se refiere al dueño de la cosa, el pago que se ha hecho con una cosa de su propiedad no le es *oponible*, y puede ejercer su derecho a reivindicar la cosa. Puede también el propietario dejar de lado la acción reivindicatoria y ejercer en su lugar una acción de daños y perjuicios contra el *solvens* que por dolo o hecho suyo ha dejado de poseer (art. 2785). Si la reivindicación no fuera posible por aplicación de los principios generales que gobiernan esta acción, el propietario podría accionar también por daños y perjuicios contra el *accipiens* que hubiese recibido el pago de mala fe.

Por último cabe señalar, para aclarar el estudio de este tópico que la última parte del art. 738, en cuanto exime al acreedor de restituir las sumas de dinero y otras cosas consumidas de buena fe, es extraño al supuesto de pago de cosa ajena, y se aplica al pago efectuado por un incapaz, según lo hicieran notar Segovia y Colmo.

1015. IV) DISPONIBILIDAD DEL OBJETO DEL PAGO.– Para que el pago resulte eficaz es indispensable que sea practicado con una cosa de la que pueda disponer el pagador o *solvens*. Esta disponibilidad puede estar excluida en tres casos: embargo de la cosa a pagar, embargo del crédito y prenda del crédito.

a) Si la cosa en trance de pago está *embargada*, el embargo causa su inmovilización; si el deudor no obstante ello paga, el pago es válido frente al acreedor de buena fe si se trata de una cosa mueble cuyo registro no es obligatorio. El deudor que contraviene el embargo comete un delito (art. 173, inc. 9º del Cód. Pen), e incurre en responsabilidad civil. Si se tratara

de cosa inmueble o de cosa mueble de registro obligatorio, el acreedor no podría, naturalmente, alegar su buena fe, si promedia un embargo inscripto en el respectivo registro.

1016.– b) El embargo puede recaer también sobre el crédito, en cuyo caso se dirige no contra el deudor, sino contra el acreedor, que a su vez es deudor del embargante. El embargo judicial hace indisponible el crédito en la totalidad del monto de éste e impide el pago en manos del acreedor. Si a pesar de ello el deudor paga a su acreedor, el pago es *inoponible* al embargante (el art. 736 habla de "nulidad", que aprovecha sólo a los embargantes), quien puede exigir del deudor un nuevo pago. Claro está que el embargo no modifica la titularidad del crédito ni sus modalidades. El deudor no debe pagar directamente al embargante, ni está obligado a pagar antes del vencimiento del plazo. Llegado el momento en que el crédito sea exigible, el deudor deberá pagar con intervención judicial, o bien depositar lisa y llanamente lo debido a la orden del juez que decretó el embargo.

El deudor que ha pagado a su acreedor en infracción al embargo y que por ello debe pagar nuevamente a favor del embargante, está facultado a repetir el pago "contra el acreedor a quien pagó" (art. 736).

Dada la finalidad del embargo del crédito, esta medida precautoria no sólo impide el pago, sino también el funcionamiento de otros actos extintivos de la obligación que impliquen la disposición del crédito. Así, el acreedor embargado no puede hacer novación o remisión de la deuda, ni hacer quitas o conceder esperas, todo lo cual haría al embargo ilusorio.

1017.– c) Por último, la disponibilidad del objeto del pago puede estar afectada en el caso de *prenda del crédito*. Cualquier deudor puede dar en prenda al acreedor una cosa mueble o *un crédito*, en seguridad de una deuda (art. 3211).

Para que el deudor pueda pignorar el crédito que tiene contra un tercero a favor del acreedor, debe notificar la prenda al tercero deudor y entregar al acreedor el título del crédito prendado (art. 3209). Cumplidas estas formalidades los efectos de la prenda del crédito son similares a los del embargo judicial, y por ello el art. 736 se refiere indistintamente a ambos casos.

1018. V) AUSENCIA DE FRAUDE EN EL PAGO.– Como acto jurídico que es, el pago para ser eficaz debe estar exento del vicio de fraude. El codificador ha querido reiterar aquí dos principios desarrollados al tratar del

acto jurídico y por ello dispone: "El pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores es de ningún valor" (art. 737).

Aunque el deudor tiene el derecho de pagar y cualquier acreedor el de recibir el pago, ninguno de los dos puede abusar de este derecho en detrimento de los demás acreedores. Así ocurriría si en concierto fraudulento con el *accipiens* el deudor dejare de pagar deudas vencidas y aplicara sus bienes al pago de deudas todavía no exigibles; o si dejara de pagar a sus propios acreedores para pagar deudas ajenas.

IV. CIRCUNSTANCIA DEL PAGO: LUGAR Y TIEMPO

1019. CONSIDERACIÓN GENERAL.– Al lado de los requisitos atinentes a la sustancia del pago antes estudiados, deben concurrir también requisitos que hacen a su circunstancia. Para ser eficaz, el pago debe efectuarse en tiempo y lugar apropiados. Este lugar de pago indica la ley aplicable en el derecho internacional privado y determina además la competencia judicial.

1020. LUGAR DEL PAGO. REGLA GENERAL: DOMICILIO DEL DEUDOR.– Salvo hipótesis especiales, el lugar de pago es en general el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación (art. 747). La fórmula legal tiene un valor residual: es el principio general que se aplica a todos los casos que no estén sujetos a una regla distinta. El domicilio a considerar es el que tiene el deudor en el momento en que el cumplimiento sea debido; no sería computable el domicilio que tuviera el deudor si éste decidiera hacer el pago en tiempo impropio.

Sin embargo, si luego del tiempo propio del cumplimiento el deudor muda el domicilio que tenía en ese momento, el acreedor puede optar por exigir el pago en el nuevo domicilio, si no le interesara atenerse al anterior (art. 748). La opción sólo juega para el acreedor, y se aplica tanto al supuesto de designación expresa del domicilio del deudor como lugar de pago, como al caso en que éste sea lugar de pago en virtud de la regla residual antes mencionada.

Cabe también que el acreedor renuncie a todo otro lugar de pago y se atenga lisa y llanamente al *domicilio actual* del deudor. Salvo el caso excepcional de que este cambio agravara su situación, el deudor no puede objetar que se lo demande ante el juez de su domicilio, lo que casi siempre ha de permitirle una más cómoda defensa.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Finalmente, y tal como lo señalaramos en el número 93, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno decidió que "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" (CNCiv., en pleno, 21/III/80, *E.D.*, 87-268). Reiteramos que no compartimos esta doctrina y por el contrario adherimos al criterio que propiciara la minoría de dicho Tribunal, a cuyos fundamentos nos remitimos.

1021. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.– El principio de que el domicilio del deudor es el lugar del pago no es absoluto y reconoce varias excepciones que analizaremos:

a) *Determinación convencional del lugar de pago.*– El lugar de pago puede designarse por la convención de las partes (art. 747, 1ª parte) y esta designación puede hacerse en el acto de contraerse la obligación o en un momento posterior, pudiendo asumir una forma expresa o tácita. La designación expresa no requiere fórmulas especiales: basta la indicación clara y precisa del lugar de pago. Así la indicación tan frecuente de que la escritura traslativa de dominio se otorgará por ante determinado escribano, fija la escribanía correspondiente como lugar de pago de la obligación de hacer la escritura. La designación tácita surge de la naturaleza y circunstancias de la obligación: así si se contrata la reparación de un automóvil ha de entenderse que el lugar de pago es el taller de la empresa que efectúa la reparación; si un profesional contrata los servicios de una empleada ha de entenderse que el lugar de pago será la oficina o consultorio.

b) *Lugar de contracción de la obligación.*– A falta de designación convencional del lugar de pago, la obligación debe cumplirse donde se contrajo, es decir "donde el contrato fue hecho si fuere el domicilio del deudor" (art. 1212). El lugar de pago funciona en ese sitio por ser el de contracción de la obligación y no por ser el domicilio del deudor. Por ello, si el deudor cambia de domicilio, el lugar de pago permanece invariable, aunque el acreedor siempre goza de la opción que le confiere el art. 748.

c) *Obligación de cosa cierta.*– Cuando el objeto de la obligación recae sobre un "cuerpo cierto", es decir sobre cosa cierta, el pago debe hacerse donde tal cosa existía, "al tiempo de contraerse la obligación" (art. 747, 2ª parte). Este lugar es aquel donde la cosa se encuentra habitualmente a la época del contrato, y no el lugar en que la cosa accidentalmente

se encontrara en ese momento. Así si se conviene la venta de un automóvil a entregar a treinta días, el lugar de entrega será el garage donde se lo guarda habitualmente y no el lejano lugar donde pudiera encontrase accidentalmente el día del contrato.

d) *Precio de compra al contado.*– Cuando la obligación se refiere al pago del precio de una cosa comprada al contado, el pago "debe ser hecho en el lugar de la tradición de la cosa" (art. 749). Esta regla, que concuerda con lo dispuesto por los arts. 1411 y 1424 para la compraventa, se aplica por analogía a todo contrato sinalagmático de intercambio de prestaciones simultáneas una de las cuales consista en dinero.

e) *Otras deudas de dinero.*– Se rigen por las reglas que ya hemos estudiado (ver *supra*, núms. 673-675).

Podría ocurrir que la obligación quedase comprendida en dos o más reglas de excepción de las que acabamos de analizar, en tal caso, debe observarse el siguiente orden: ha de preferirse el lugar designado convencionalmente; en su defecto se aplicarán las normas especiales sobre cosas ciertas o pago del precio de ventas al contado y por último, no siendo aplicables las pautas anteriores ha de estarse a lo dispuesto en el art. 1212.

1022. TRASCENDENCIA JURÍDICA DEL LUGAR DE PAGO.– La determinación del lugar de pago interesa sobremanera bajo distintos aspectos:

a) Por lo pronto sirve para *calificar* la corrección del pago que recaba el acreedor o que intenta satisfacer el deudor. El acreedor no puede exigir que el cumplimiento se practique donde no corresponde: el deudor puede desoír ese requerimiento sin caer en mora por ello. Igualmente, el deudor no puede pretender que se le reciba el pago en un sitio que no sea el lugar de pago. Si el acreedor resiste esta pretensión su negativa es legítima; por tanto, él no cae en *mora accipiendi*, ni puede ser forzado a recibir un pago que se haya consignado judicialmente en esas condiciones.

b) El lugar de pago de la obligación, determina en materia de derecho internacional privado, cuál es la *ley aplicable* en cuanto a la validez sustancial y prueba del contrato que la ha originado (conf. arts. 1209, 1210, 1215 y 1216). Lo relativo a la forma se rige por la ley del lugar de celebración (conf. arts. 12 y 950).

c) En materia de derecho interno, el lugar de pago atribuye la *competencia judicial.* En este sentido establece el art. 5º, inc. 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que será juez competente: cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación y en su defecto...

Esto significa que cuando se identifica el lugar de pago, es competente el juez de ese lugar, exclusivamente. Ante la eventualidad de que falle aquella determinación, la ley procesal contempla otras pautas.

d) El lugar de pago influye en la determinación de la moneda con que habrá de solventarse una deuda de dinero. A falta de aclaración de las partes, corresponde entender que el objeto debido es la *moneda del lugar de pago*.

1023. TIEMPO DEL PAGO. NECESIDAD DE PAGAR EN TIEMPO PROPIO.– La oportunidad de cumplimiento de la obligación no puede quedar librada al arbitrio de cualquiera de las partes. De ahí que sea necesario establecer el *tiempo propio* del pago, materia a la cual el Código dedica los arts. 750 a 755. Analizaremos la cuestión distinguiendo cuatro clases de obligaciones: las *puras y simples;* las *obligaciones a plazo* (art. 750); las *obligaciones carentes de tiempo* señalado para el pago (art. 751) y las *obligaciones de pago a mejor fortuna* (art. 752).

1024. A) OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES DE EXIGIBILIDAD INMEDIATA.– Las obligaciones de esta clase no están expresamente contempladas en los arts. 750 a 755. Se trata de obligaciones que no están postergadas por accidente alguno, de las que el propio Código menciona variadísimos supuestos particulares; obligación del vendedor de entregar la cosa cuando el comprador la exija (art. 1409); obligación del comodatario de restituir la cosa cuando el comodante quisiera (art. 2285); obligación de restituir la cosa cuando lo quiera el depositante o el depositario (art. 2226), etcétera. Estos supuestos especiales no son sino expresiones no limitativas de una categoría general y abierta, en la que entran todas las obligaciones cuya exigibilidad no está postergada por ninguna contingencia, de modo tal que, dentro de las reglas de la buena fe, puede el acreedor exigir el cumplimiento y el deudor espontáneamente efectuarlo en cualquier momento.

Aunque la ley 17.711 ha oscurecido lo relativo a la constitución en mora con respecto a este tipo de obligaciones, pensamos que aquí la mora se produce por el *requerimiento* del acreedor o deudor, y queda configurada cuando vence el razonable *emplazamiento* para cumplir del que no cabe prescindir, especialmente en esta clase de obligaciones, en las que no es posible exigir del deudor que debe pagar o del acreedor que debe cooperar para el pago, una disponibilidad *al instante* de la conducta comprometida. Lo razonable del emplazamiento es sólo una exigencia de la buena fe, y no importa desde luego alterar la naturaleza de estas obligaciones que no son por cierto, obligaciones a plazo.

1025. B) OBLIGACIONES A PLAZO.– Con respecto a las obligaciones a plazo, el tiempo propio del pago es "el día del vencimiento de la obligación" (art. 750). Sea el plazo expreso o tácito, cierto o incierto, el tiempo propio del pago se establece en función del hecho que determina el vencimiento de la obligación: el pago no puede efectuarse antes ni postergarse para después.

1026.– Existen, sin embargo varios supuestos legales en los que se produce la *caducidad* del plazo con lo que la obligación se torna anticipadamente exigible. Esta situación se da en los siguientes casos:

a) *Insolvencia del deudor.*– El acreedor puede exigir el pago antes del plazo en caso de concurso o quiebra del deudor (art. 753, 1ª parte). Esta consecuencia típica del concurso es lógica, porque siendo el concurso una ejecución colectiva de todos los acreedores, para hacerla en un pie de igualdad para todos, deben caducar todos los plazos a fin de evitar una injusta discriminación entre los acreedores; por ello el deudor concursado no puede reclamar el beneficio del plazo (art. 572). La declaración *judicial* del concurso –no bastaría la insolvencia de hecho del deudor–, opera de pleno derecho la caducidad de los plazos.

Claro está que la caducidad del plazo no se extiende a los demás codeudores en las obligaciones de sujeto plural. Si la deuda es solidaria la caducidad del plazo no afecta a los codeudores solidarios "que no hubiesen provocado el concurso" (art. 753, 2ª parte), lo que debe considerarse como comprensivo de los codeudores *no culpables* de la insolvencia de su codeudor, aunque en ejercicio de sus propios derechos hayan pedido el concurso de éste.

b) *Ejecución de la garantía real.*– También caduca el plazo de la deuda, a instancia del acreedor, cuando un tercero ejecuta la garantía real, hipoteca o prenda, de su crédito (art. 754).

Aunque el art. 754 se refiere a la ejecución promovida por otro acreedor hipotecario o prendario, la doctrina entiende con razón, que también juega la caducidad del plazo, cuando la ejecución la promueve un acreedor quirografario, porque la situación es la misma. La ley, con sentido práctico, ha querido evitar que el producido de la subasta quedara inmovilizado inútilmente hasta que venciesen los plazos de los créditos que gozan de garantía real; tal inmovilización no beneficiaría a nadie y perjudicaría injustamente al ejecutante, que cuenta con un crédito exigible pero que no podría cobrarlo hasta que fuesen desinteresados los acreedores munidos de garantía real.

c) *Desposesión material o jurídica.*– Otro supuesto de caducidad de plazo se presenta cuando un deudor hipotecario o prendario realiza actos que implican el deterioro de la garantía real que ha constituido en seguridad del pago íntegro de la deuda, tanto si el deterioro es estrictamente material como si fuera jurídico, por ejemplo alquilar la cosa por largo plazo y precio irrisorio lo que ahuyentaría a los posibles adquirentes en la subasta judicial. Así resulta de los arts. 3157, 3161 y 3215.

d) *Insolvencia del fiador.*– Si pendiente el plazo de la obligación el fiador se torna insolvente, el acreedor puede "pedir que se le dé otro que sea idóneo" (art. 2001). Si el deudor no cumple con lo requerido la lógica sanción debe ser la caducidad del plazo que se le hubiera otorgado pues se presenta una notable analogía con el supuesto de deposesión material o jurídica: en ambos casos se da una peligrosa disminución de la garantía que determinó al acreedor a contratar.

e) *Abuso del anticresista.*– Si el acreedor anticresista, que ha sido puesto en posesión del inmueble para amortizar la deuda con su producido, abusa de sus facultades, "puede ser condenado a restituirlo aun antes de ser pagado del crédito" (art. 3258).

1027.– Fuera de los supuestos de caducidad puede ocurrir que de hecho, el pago de la obligación tenga lugar antes del vencimiento del plazo. De ordinario, las partes, sobre todo en épocas de inflación, convienen que el pago anticipado goce de un descuento, pero ante el silencio de las partes, "si el deudor quisiere hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá éste ser obligado a hacer descuentos" (art. 755). Se trata de un criterio aceptable pues a falta de convenio de las partes no es prudente

abrir la puerta a discusiones sobre el valor del crédito, en razón del anticipo en el pago.

1028. AUSENCIA DE REPETICIÓN DEL PAGO ANTICIPADO.– El deudor que paga anticipadamente no puede pretender la repetición de lo pagado. No podría alegar que el pago ha sido hecho sin causa porque el acreedor tiene título para recibirlo. Tampoco puede invocar haber padecido error sobre la época de exigibilidad del crédito, porque para el Código, tal error no es esencial (arts. 791, inc. 1º y 571).

1029. C) OBLIGACIONES CARENTES DE TIEMPO SEÑALADO PARA EL PAGO.– Esta tercera clase de obligaciones son las que fueron constituidas con *imprecisión* acerca del tiempo de cumplimiento. La obligación existe, pero tiene una deficiencia que desde luego no afecta su virtualidad, referente a la *circunstancia de tiempo de pago*. No siendo éste un caso que autorice a hacerse justicia por mano propia, si acreedor y deudor no se ponen de acuerdo, la cuestión debe ser dirimida por la autoridad judicial. Esto es lo que resulta del art. 751, que establece que a falta de plazo designado "se observará lo dispuesto en el art. 618", es decir que será el juez quien fije el tiempo de pago. No se trata de fijar necesariamente un plazo, sino de suplir la imprecisión existente, esclareciendo cuál es el tiempo apropiado para cumplir la obligación.

Es importante tener presente que las obligaciones que ahora analizamos no se confunden con las obligaciones puras y simples: mientras éstas son de *exigibilidad inmediata*, las que ahora contemplamos *no son todavía exigibles*, mientras no se fije el tiempo del pago por convenio de partes o sentencia judicial. Por eso no entran en la categoría que nos ocupa las obligaciones a opción del acreedor, tales como las que difieren el pago para "cuando el acreedor quiera", que son de exigibilidad inmediata o no diferida. Tampoco se confunden con las obligaciones de plazo incierto, pues aunque pueda ser necesaria una sentencia judicial, si las partes no se ponen de acuerdo sobre el advenimiento del plazo, la sentencia judicial es puramente *declarativa* de un plazo que ya se encontraba incorporado a la obligación.

Como decimos, si los propios interesados no concuerdan en *completar* el contenido de la obligación con la definición del tiempo de pago, tienen que someter el diferendo al pronunciamiento judicial.

El nuevo art. 509, cláusula tercera, establece en lo concerniente al tiempo del pago, que "el juez a pedido de partes, lo fijará en procedimien-

to sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento..." Es decir que el acreedor puede optar por la *vía sumaria* si sólo persigue la fijación del plazo, o por la vía ordinaria, *o la que corresponda* procesalmente a la acción de cumplimiento si prefiere la acumulación. Aunque la ley no lo diga, parece indudable que el deudor también tiene derecho a solicitar la fijación judicial del momento del pago, pues su interés es evidente y ese *interés* debe ir acompañado de la correspondiente *acción*.

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre los hechos relevantes, el juez deberá abrir el juicio a prueba, y dictar finalmente un pronunciamiento que es *constitutivo* porque incorpora a la obligación un elemento del que ésta carecía. Esta carencia de plazo impedía que el deudor cayera en mora por no estar fijado el tiempo propio de cumplimiento; dictada la sentencia "el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación" (art. 509) si entonces no pagase.

1030. D) Obligaciones de pago a mejor fortuna.– Entran en este cuarto grupo ciertas obligaciones muy peculiares, en las que las partes han decidido postergar el cumplimiento de la deuda, hasta que el deudor tenga medios para pagarla, partiendo de la base de que al tiempo de contraerse la obligación el deudor no puede hacerlo.

De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 752 y 620, cuando se autorice al deudor a pagar cuando pueda o tenga medios de hacerlo, el juez, a instancia de parte debe fijar el tiempo propio.

La mejoría de fortuna del deudor no funciona como condición, sino como plazo incierto. La existencia de la obligación es indudable y sólo está diferida su exigibilidad que puede demorarse aún por un lapso considerable, sin que ello afecte la existencia de la obligación, ni menos todavía pensarse que la persistente pobreza del deudor pueda hacer que el plazo, de hecho, no venza jamás. Si el deudor muere sin haber mejorado de fortuna, el beneficio que es personal no pasa a sus herederos y la obligación se hace exigible: es decir que por lo pronto el tiempo de cumplimiento de la obligación tiene un plazo máximo de duración que termina con la muerte del deudor, hecho que necesariamente habrá de ocurrir.

Puede ocurrir que el acreedor invoque la mejoría de fortuna del deudor y éste la niegue. En este caso el acreedor deberá solicitar la fijación de este plazo –en juicio ordinario, dice el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– y no está obligado a probar la mejoría de fortuna del deudor, que se presume por la propia deducción de la demanda. Es el deudor que sostiene que persiste su situación desfavorable a quien le incumbe el cargo de la prueba al respecto. La peculiar naturaleza de estas obligaciones determina la amplitud de facultades de los jueces para fijar el plazo de la obligación teniendo en cuenta las circunstancias del caso y especialmente el tiempo ya transcurrido desde que se constituyó la obligación. Si las posibilidades del deudor son modestas, la jurisprudencia ha admitido que el pago se efectúe en cuotas proporcionadas a la capacidad económica del deudor.

El plazo que analizamos cesa y la obligación se hace exigible: por su *vencimiento* o sea a la mejoría de fortuna del deudor; por la *muerte* del deudor, en razón de su carácter personal; por el *concurso* civil o quiebra del deudor que hace caducar los plazos de las deudas del concursado y por la *renuncia* que hiciere el deudor del plazo que lo favorece.

Si el juez fija el tiempo del pago, comienza a correr la prescripción desde que la obligación se hace exigible; a falta de designación judicial, la prescripción comenzará a correr desde la mejoría de fortuna del deudor, y en último caso, desde su muerte.

V. GASTOS DEL PAGO

1031. Ausencia de norma legal genérica.– Las legislaciones extranjeras establecen por lo general que los gastos del pago son a cargo del deudor. Nuestro Código no sienta una regla general en esta materia, de indudable trascendencia práctica. Sin embargo en diversos supuestos particulares determina que los gastos son a cargo del deudor. Así ocurre para el vendedor, deudor de la entrega de la cosa (art. 1415); para el tutor, deudor de la rendición de cuentas (art. 452); para el deudor de la cosa que debe trasladarla al lugar de pago (art. 765), etcétera.

Estas reglas particulares, y especialmente las relativas al vendedor, que es un típico deudor de la cosa, llevan a concluir que los gastos del pago corren por cuenta del deudor. Cabe señalar que la solución es justa, pues si el acreedor tiene derecho a un pago íntegro y completo, no debe soportar los gastos del pago, que disminuirían la prestación a que tiene derecho. Nuestra jurisprudencia ha hecho frecuente aplicación de esta regla decidiendo que a pesar de su buena fe, el deudor debe generalmente soportar los gastos del juicio, porque de lo contrario el acreedor demandante no recibiría con integridad lo que le es debido.

VI. EFECTOS GENERALES DEL PAGO

1032. ENUNCIACIÓN Y CLASIFICACIÓN.– El pago es un acto jurídico de enorme trascendencia por los *efectos* que produce, algunos con relación a la misma obligación a la que se refiere, otros con respecto a otras relaciones jurídicas que las partes mantienen con terceros. Es posible clasificar esos distintos efectos en tres categorías: 1) *Efectos necesarios:* la *extinción* del crédito y la *liberación del deudor* . 2) *Efectos accesorios:* que inciden en los derechos de las partes, independientemente de los efectos necesarios, tales como el *reconocimiento* de la obligación, la *confirmación* de la obligación inválida pagada, la *consolidación* del contrato originario, y la *interpretación* de la relación jurídica que liga a las partes. 3) *Efectos incidentales*, en los cuales el pago se presenta como presupuesto de un *reembolso*, de una *repetición* de pago indebido, de una *indemnización* al acreedor insatisfecho o de una *reiteración* de pago por resultar *inoponible* el primer pago efectuado.

1033. EFECTOS NECESARIOS DEL PAGO. EXTINCIÓN DEL CRÉDITO Y LIBERACIÓN DEL DEUDOR.– El pago es un acto que consume el derecho del acreedor que queda satisfecho en su interés específico, con lo cual su crédito queda *cancelado*. El efecto cancelatorio del pago es definitivo siendo una consecuencia de este carácter la *irrevocabilidad* del pago: no podría el deudor pretender restablecer la obligación para poder luego solventarla en condiciones menos gravosas para él. Tampoco podrían acreedor y deudor de común acuerdo, dejar sin efecto el pago, en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

El pago, también, concreta el ejercicio del derecho de pagar que tiene el deudor: con el pago el deudor se *libera* de la obligación, y puede exigir el recibo de pago y la *cancelación* de las seguridades accesorias (garantías reales, embargos, etc.). El efecto liberatorio del pago es un derecho que se incorpora al patrimonio del deudor y goza de la protección que instrumenta el art. 17 de la Constitución Nacional.

El derecho del deudor de pagar su deuda es tan categórico que no está obligado a esperar la iniciativa del acreedor; puede obtener su *liberación forzada,* mediante la *consignación* de lo debido, a la que nos referimos más adelante (ver *infra*, núms. 1036 y sigs.).

De ordinario el pago produce *simultáneamente* la extinción del crédito y la liberación del deudor. Esta simultaneidad, por excepción no se

presenta cuando el pago cancela el crédito pero no libera al deudor (pago por un tercero, ver *supra*, núms. 963 y sigs.), o cuando a la inversa el pago libera al deudor pero no cancela el crédito (pago al acreedor aparente, ver *supra*, núms. 998 y sigs.). Pero esta ausencia de simultaneidad es sólo un accidente transitorio, ya que una vez ejercidas las acciones y recursos que la ley autoriza, el pago termina por producir los dos efectos esenciales que acabamos de analizar.

1034. EFECTOS ACCESORIOS DEL PAGO.– Independientemente de los esenciales efectos cancelatorio y liberatorio, el pago produce otros efectos en las relaciones entre las partes.

a) *El pago vale como acto de reconocimiento.*– Quien paga reconoce la existencia y eficacia de la obligación (art. 721). Este reconocimiento a su vez, tiene nuevas proyecciones: interrumpe la prescripción (conf. art. 3989) y hace definitivo el *pago* que se hubiese hecho de una obligación natural, impidiendo la ulterior repetición.

En cambio el pago no produce este efecto recognoscitivo, cuando es hecho por un tercero a menos que el deudor lo rectifique; cuando no es espontáneo sino urgido por la acción ejecutiva que puede promover el acreedor, lo que no impide la ulterior discusión de la cuestión por parte del deudor, y cuando el pagador excluye su intención de reconocer la deuda haciendo un pago bajo protesta.

b) El *pago vale como acto de confirmación.*– Si el acto que originó la obligación estaba afectado de nulidad relativa, el pago total o parcial practicado ulteriormente por el deudor implica la confirmación tácita del acto inválido (conf. art. 1063).

Este efecto confirmatorio no se produce cuando quien hace el pago no es el titular de la acción de nulidad, cuando el mismo pago está viciado de nulidad o cuando quien paga no tiene *animus confirmandi*. Este último es el caso del mayor de edad que paga una parte de una obligación contraída durante la minoridad, excluyendo expresamente su voluntad de confirmar la obligación inválida. Empero pese a subsistir la invalidez de la obligación por ausencia de confirmación ese pago es definitivo por corresponder a una obligación natural.

c) *El pago consolida el contrato que liga a las partes.*– Hay contratos frágiles en los cuales las partes no han querido contraer una relación firme e irrevocable sino plantear el negocio en condiciones no definitivas.

Así ocurre cuando el contrato se celebra mediante seña, que permite el arrepentimiento de las partes; cuando se concierta una compraventa, con cláusula de poder arrepentirse el comprador y vendedor (art. 1373), y cuando se celebra una compraventa mediante un "boleto provisorio" que ha de canjearse por uno definitivo sin lo cual la operación no queda firme.

En todos esos casos, el pago ulterior implica *principio de ejecución* del contrato lo que excluye la posibilidad de resolverlo luego.

d) *El pago es elemento de interpretación del acto jurídico.*– Siendo la conducta posterior de las partes un elemento básico para la interpretación del acto jurídico, es indudable que el pago esclarece el carácter y alcance de la obligación tanto respecto del deudor que lo hace como del acreedor que lo recibe de conformidad.

1035. EFECTOS INCIDENTALES DEL PAGO.– El pago puede, por fin, tener efectos incidentales:

a) Cuando el pago es efectuado por un tercero es el presupuesto de una pretensión de reembolso a la que nos hemos referido ya (ver *supra*, núms. 983 y sigs.).

b) Cuando el *solvens* paga por error creyéndose deudor sin serlo, o paga una cosa distinta de la debida, o paga sin causa, hay lugar a la repetición de lo pagado (ver *infra*, núms. 1098 y sigs.).

c) Cuando el deudor paga válidamente a quien no es acreedor, el pago hace nacer a favor del verdadero acreedor una pretensión de indemnización contra el *accipiens* (ver *supra*, nº 1001).

d) Si el deudor paga sin respetar el embargo trabado sobre el crédito, tal pago es inoponible a los embargantes, quienes pueden exigirle que efectúe un nuevo pago (ver *supra*, nº 1016).

VII. PAGO POR CONSIGNACION

1036. CONCEPTO.– El *pago por consignación* es el que satisface el deudor o quien esté legitimado para sustituirlo, con *intervención judicial,* que es la característica de esta forma de pago. Por ello dice el art. 756: "Págase por consignación *haciéndose depósito judicial de la suma que se debe*".

Si el normal ejercicio del *jus solvendi* tropieza con la negativa o imposibilidad del acreedor para recibir el pago; o cuando el acreedor es desconocido o está ausente, tales circunstancias no pueden obstar al ejercicio del derecho de pagar; el remedio apropiado es la consignación judicial. Aunque el art. 756 se refiere sólo al "depósito de la suma que se debe", la posibilidad de la consignación no se limita sólo a las obligaciones de dinero y es extensiva también a las obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 764 y 765) y de cosas indeterminadas a elección del acreedor (art. 766).

Este dispositivo funciona mediante una demanda, que pone el objeto debido a disposición del juez, para que el magistrado a su vez, lo atribuya al acreedor dando fuerza de pago al desprendimiento del deudor, que queda liberado. Si el acreedor acepta la consignación o no la impugna, el pleito termina allí (art. 759). Si el acreedor rechaza el pago, ha de tramitarse el juicio para arribar a una sentencia que admita o rechace la consignación, declarando que tiene fuerza de pago, o que por él contrario carece de ella.

Se trata de un dispositivo excepcional, por lo cual quien recurre a él, ha de demostrar antes que nada las circunstancias excepcionales en las cuales este remedio está autorizado.

Es juez competente, el del lugar del pago.

1037. DIVERSOS CASOS DE CONSIGNACIÓN.– Siendo el juicio de consignación un remedio excepcional, reviste interés determinar en qué casos es procedente. El Código sigue un sistema casuista, que aunque criticado por la doctrina, ha sido mantenido en el Anteproyecto de Bibiloni y por el Proyecto de 1936. Otras legislaciones adoptan una fórmula conceptual y genérica por la cual se autoriza esta forma de pago, si el acreedor ha sido constituido en mora, y cuando por un motivo ajeno al deudor, éste no puede efectuar un pago seguro y válido. Este último criterio es el que sigue el Anteproyecto del año 1954.

El Código enuncia distintas hipótesis en las que el deudor está autorizado para proceder a la consignación judicial.

1038. a) *Negativa del acreedor.*– Es el caso típico: la liberación del deudor no puede depender de que el acreedor quiera o no recibirle el pago. Por ello la negativa del acreedor autoriza a consignar (art. 757, inc. 1º). El deudor tiene que probar el ofrecimiento de pago y su rechazo por parte del acreedor, para lo cual puede valerse de cualquier medio de prueba por tratarse de simples hechos. Se asimila al rechazo el silencio injustificado del acreedor y cualquier actitud de éste que implique condicionar la recepción

del pago a exigencias ajenas a éste y gravosas para el deudor, tales como pretender otorgar el recibo con salvedades que limiten el carácter cancelatorio del pago.

Naturalmente, si la negativa del acreedor es legítima, la consignación debe rechazarse.

1039. b) *Incapacidad del acreedor.*– El art. 757, inc. 2º autoriza la consignación cuando el acreedor sea incapaz al tiempo del pago. La disposición se aplica al incapaz carente de representante legal; si lo tiene es a él a quien debe hacerse el pago, a menos que careciese de facultades para recibirlo. El concurso civil del acreedor no autoriza la consignación porque en tal supuesto el pago puede y debe hacerse al síndico.

1040. c) *Ausencia del acreedor.*– Puede el deudor consignar *"cuando el acreedor estuviese ausente"* (art. 757, inc. 3º). En este caso se sabe o supone la *existencia* del acreedor pero se ignora su paradero. Por ello no se aplica el precepto a la hipótesis de presunción de fallecimiento, pues entonces se abre la sucesión del acreedor, y es a sus herederos a quienes deberá hacerse el pago. Tampoco procede la consignación en el caso de *ausencia declarada* (arts. 15 a 21, ley 14.394); en este supuesto el pago ha de hacerse al curador a los bienes que se hubiese nombrado.

1041. d) *Incertidumbre del derecho del acreedor.*– El art. 757, inc. 4º contempla el caso de que "fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago, y concurriesen otras personas a exigirlo del deudor".

El hecho relevante que autoriza la consignación es la *duda razonable* sobre la titularidad del crédito. Si el deudor paga mal, puede verse obligado a pagar dos veces, y para evitar ese riesgo puede recurrir al pago por consignación para que el juez defina quién es el titular del crédito. Aunque la ley se refiere a la concurrencia de varios pretendientes al cobro, puede prescindirse de este requisito adicional, si existiera duda razonable sobre el derecho de la única persona que reclama el pago, que es lo que realmente interesa. Así se ha considerado procedente la consignación, si el acreedor se niega a devolver el pagaré que instrumenta la deuda, lo que autoriza a pensar que pueda haber sido transmitido a terceros.

1042. e) *Desconocimiento del acreedor.*– Si el deudor no sabe quién es su acreedor aunque sepa que existe, está autorizado a consignar (art. 757, inc. 4º, *in fine*). Tal sería el caso del acreedor fallecido si se ignora

quiénes son sus herederos. La demanda en este caso debe entablarse contra persona incierta, a quien se emplazará por edictos, con ulterior intervención del defensor de ausentes.

1043. f) *Embargo o retención del crédito.*– El art. 757 inc. 5º autoriza la consignación "cuando la deuda fuese embargada o retenida en poder del deudor..."

El *embargo* del crédito impide al deudor pagar, pero si él quiere exonerarse y especialmente declinar su responsabilidad por los riesgos de la cosa, está autorizado a consignar.

La "deuda retenida" que menciona el precepto legal, alude a los supuestos en que, sin que medie un embargo, el deudor recibe de un tercero una *oposición* al pago; si el deudor paga después de la oposición puede comprometer su responsabilidad y de ahí que esté autorizado a consignar para poner fin a una situación incierta y riesgosa.

Aunque el texto legal no lo mencione, la consignación es también procedente en el caso de que el crédito esté prendado, pues se da la misma situación que cuando promedia un embargo.

1044. g) *Pérdida del título de crédito.*– También se autoriza la consignación "cuando se hubiese perdido el título de la deuda" (art. 757, inc. 6º), solución que cabe extender al supuesto en que el acreedor no presente el documento donde consta el crédito. Para evitar tener que afrontar eventualmente un nuevo pago, el deudor tiene el recurso seguro de consignar a favor de "quien resulte acreedor", con lo que obtiene su liberación y da oportunidad a quien corresponda, de justificar su derecho a la titularidad del crédito.

1045. h) *Redención de hipotecas.*– El art. 757, inc. 7º, autoriza a consignar al deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, que "quisiera redimir las hipotecas con que se hallen gravados". Aunque la ley se refiere al tercero poseedor del inmueble hipotecado, que no siendo deudor del acreedor hipotecario puede sin embargo obligarlo a recibir el pago, la norma debe hacerse extensiva a todo tercero interesado en desgravar el inmueble. Así podría recurrir a la consignación un acreedor hipotecario de segundo grado, a fin de desinteresar al acreedor que tiene preferencia y adquirirla para sí.

En cualquier caso, la consignación no puede hacerse en perjuicio del acreedor y por ello, si tiene lugar antes del vencimiento del plazo, debe

1034

comprender además del capital los intereses que el acreedor habría percibido hasta esa fecha.

La enumeración contenida en el art. 757 no es taxativa: debe abrirse la vía del juicio de consignación toda vez que el pagador tenga *real dificultad* para concretar un pago directo o corra *serio riesgo* de experimentar una lesión en un interés legítimo si no paga con intervención judicial. Por ello nuestros tribunales han autorizado la consignación en supuestos no comprendidos en el art. 757, por ejemplo, cuando el acreedor está inhibido o cuando hay controversia sobre el crédito entre acreedor y deudor.

1046. REQUISITOS SUSTANCIALES DE ADMISIBILIDAD.– Para que la consignación tenga fuerza de pago, ha de hacerse "concurriendo en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido" (art. 758). A los requisitos que el Código enumera cabe agregar el relativo al lugar del pago.

1047. a) *Requisito relativo a las personas.*– Este requisito se relaciona con las *personas* legitimadas para asumir la calidad de demandante o demandado en el juicio de consignación. En este orden de ideas pueden entablar una demanda de consignación todos los que tienen derecho de pagar, esto es: el *deudor*, tanto el principal como el subsidiario, por ejemplo, el fiador, y cualquier *tercero interesado*, que actúe como tal (ver *supra*, núms. 981 y sigs.).

El demandado o destinatario del pago por consignación es el *acreedor*; si hubiera un tercero autorizado para recibir el pago, la demanda sería procedente contra él.

La intervención judicial no le quita a la consignación su carácter de pago, y por ello resultan aplicables las reglas sobre capacidad, que hemos examinado precedentemente (ver *supra*, núms. 1004 y sigs.).

1048. b) *Requisito relativo al objeto.*– Deben concurrir en este aspecto los principios de identidad e integridad que hacen a la esencia del pago, y en su defecto debe rechazarse la consignación. Así lo han resuelto los tribunales si se pretende consignar el capital sin incluir los intereses o las costas, también adeudados.

1049. c) *Requisito concerniente al modo de pago.*– El "modo" a que se refiere el art. 758 se aplica especialmente a las obligaciones de dar cosas que no sean dinero, y con respecto a ellas el deudor debe satisfacerlas

ajustando el pago a la manera de cumplimiento que corresponde a la índole y características de la deuda, según la intención de las partes interpretada de acuerdo con el principio de la buena fe (art. 1198); en suma, el modo mentado por la ley, *es la manera de cumplir ajustada a la exigencia de conducta que la obligación imponía al deudor.*

1050. d) *Requisito relativo al tiempo de pago.*– Para que el pago por consignación sea admisible debe ser cumplido en tiempo propio, esto es no ha de ser prematuro ni tardío.

La consignación es *prematura* si el deudor pretende imponer el pago antes del tiempo oportuno de cumplimiento de la obligación, así si el plazo no está vencido (arts. 570 y 750).

La consignación es *tardía*, si al tiempo de hacerse, el *pagador carece del derecho de pagar*. Así ocurre si la obligación ha quedado resuelta por incumplimiento del deudor, o si por la demora en el pago, éste carece ahora de toda utilidad para el acreedor (ver *supra*, nº 103).

Sin embargo es importante tener presente que, según ya lo hemos explicado, la mora del deudor no lo priva del derecho de pagar, y por ende de consignar (ver *supra*, nº 102), si deposita los accesorios provenientes de la mora.

1051. e) *Requisito referente al lugar del pago.*– Aunque el art. 758 no mencione este requisito, no cabe duda de que no sería eficaz una consignación que se hiciese en un lugar diferente de aquel en que la obligación debe cumplirse.

1052. CONSECUENCIAS: DESDE CUÁNDO SE PRODUCEN.– El pago por consignación es una forma de pago, que como tal produce todos los efectos generales del pago que ya hemos estudiado (ver *supra*, núms. 1032 y sigs.). Especialmente, la consignación da lugar a dos consecuencias de la mayor importancia: *detiene el curso de los intereses*, sean éstos compensatorios o moratorios, y *traslada los riesgos* de la prestación consignada que pasan a ser soportados por el acreedor.

Reviste especial interés fijar el momento a partir del cual se producen esas consecuencias, tópico que el Código no ha definido adecuadamente y respecto del cual corresponde distinguir dos hipótesis.

1053. a) CONSIGNACIÓN ACEPTADA POR EL ACREEDOR.– Si el acreedor acepta la consignación, ya sea en forma *expresa*, o bien en forma *tácita* no

expidiéndose sobre ella a pesar del deber que tiene de hacerlo (art. 919), el pago por consignación "surte todos los efectos del verdadero pago" (art. 759, 1ª parte).

El Código no aclara desde cuándo surte efecto la consignación aceptada por el acreedor: cabe concluir que si el acreedor acepta lo actuado por el deudor, el proceder de éste ha sido válido desde el comienzo, y por ello la consignación producirá sus efectos desde la fecha del depósito judicial del dinero, o desde la intimación judicial, si se tratase de una cosa (conf. art. 764).

La aceptación del acreedor puede ser condicionada, actitud que guarda correspondencia con la posibilidad de que el deudor pague con salvedades o reparos. Así la jurisprudencia ha considerado factible que el acreedor acepte el pago, pero impugne el procedimiento seguido por el deudor, por no haberse negado a recibir el pago extrajudicial, en cuyo caso se seguirá el trámite del pleito para determinar quién debe cargar con las costas.

1054. b) CONSIGNACIÓN RECHAZADA POR EL ACREEDOR.– De acuerdo con lo que establece el art. 759, 2ª parte, la consignación "surte los efectos del pago, *desde el día de la sentencia que la declare legal*".

Esta disposición, aparentemente terminante, sería injusta si se aplicara literalmente, porque si la actitud del deudor ha sido justificada, no se ve porqué ha de quedar liberado recién a partir de la sentencia, y no desde el momento del depósito. La sentencia se limita a *declarar* que el pago judicial fue apropiado y por otra parte no sería admisible que la conducta caprichosa del acreedor hiciera la prestación más gravosa de lo que hubiera sido si el acreedor hubiese aceptado el pago extrajudicial. Por ejemplo, sería absurdo que en ese supuesto los intereses corrieran hasta la sentencia.

Frente a las distintas opiniones sostenidas por nuestros autores, nos inclinamos a la que formula la siguiente distinción: si la impugnación del acreedor era justificada por no tener la consignación las condiciones debidas (art. 759), pero los defectos han sido subsanados después, la consignación sólo produce efectos desde el día de la sentencia; cuando la impugnación del acreedor ha sido injustificada, los efectos de la consignación remontan al día del depósito. Esta interpretación conjuga adecuadamente los intereses en juego, y asigna a la disposición legal el marco que racionalmente le corresponde.

1055. RETIRO DE LA CONSIGNACIÓN. EMBARGOS.– Para apreciar si el consignante puede solicitar el retiro de la prestación consignada en pago, o trabar embargo sobre ella sus acreedores o los del demandado, es necesario precisar si la consignación ha sido aceptada o no por el acreedor, o bien si ha recaído sentencia que declare la validez de la consignación.

1056. a) CONSIGNACIÓN AÚN NO ACEPTADA NI DECLARADA VÁLIDA.– Hasta tanto sobrevenga la aceptación del acreedor o la sentencia que admita la validez de la consignación, la prestación consignada se encuentra en una situación incierta: por un lado los fondos continúan siendo de propiedad del consignante; por otro lado el pago es un acto unilateral que aplica la prestación consignada a la satisfacción de la deuda y los terceros deben estar a esa aplicación mientras no impugnen la legitimidad de lo actuado por el deudor al concretar la consignación.

No mediando pues aceptación del acreedor ni sentencia que declare válida la consignación, el deudor puede *revocar* el pago y retirar los fondos (art. 761, 1ª parte). Se trata de una facultad personal del deudor que los acreedores no podrían ejercer mediante la acción subrogatoria.

Empero el retiro de la prestación quedará bloqueado, si sobreviene el *embargo* de los bienes consignados. La eficacia del embargo variará según cuál sea el resultado del juicio, y según quién lo haya pedido.

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas que correspondan a cada caso según que el embargante sea alguna de las partes o algún acreedor de ellas, la cuestión en definitiva se resolverá diversamente según que los fondos permanezcan en el patrimonio del consignante (por desistir él de la consignación o por ser rechazada) o bien pasen al patrimonio del acreedor demandado en virtud de su aceptación o de la sentencia que declare válida la consignación. Hasta entonces el embargo, aunque trabe el retiro de los fondos, recaerá sobre bienes de titularidad insegura.

El retiro de la consignación vuelve las cosas al estado anterior a la demanda; en la terminología del Código la obligación "renacerá con todos sus accesorios" (art. 761, *in fine*). Aunque la terminología del Código ha suscitado críticas, no deja de ser apropiada: el pago es acto jurídico unilateral, opera por sí solo la extinción de la obligación, y es entonces necesario que el deudor revoque ese acto unilateral, para que la obligación recobre su virtualidad. Es importante tener presente, que a pesar del retiro de los fondos, subsisten dos importantes efectos de ese pago revocado: el *reconocimiento* de la obligación resultante del pago que su ulterior revo-

cación no alcanza a borrar, y el efecto *interruptivo de la prescripción* anejo al reconocimiento de la deuda.

1057. b) CONSIGNACIÓN ACEPTADA O DECLARADA VÁLIDA.– En este segundo supuesto el pago se hace irrevocable, y produce todos sus efectos desde el día del depósito. No sólo ya no podrá el deudor por su sola voluntad retirar los fondos sino que ni aun con el consentimiento del acreedor podrá hacerlo "en perjuicio de sus codeudores o fiadores" (art. 762). El precepto es lógico, porque el acuerdo que hicieran deudor y acreedor para perjudicar los derechos de terceros, estaría viciado de nulidad (conf. art. 953).

Si a pesar de ello acreedor y deudor, acuerdan el retiro del depósito, tal acto, no impide la liberación de los codeudores y fiadores (art. 763). La situación de las partes se regirá ahora no por lo que resulte de la obligación anterior, que ha quedado extinguida, sino por el acuerdo que sirvió de base para el retiro de los fondos.

1058. INFLUENCIA DE LA CONSIGNACIÓN SOBRE OTROS JUICIOS ENTRE LAS PARTES.– El pago por consignación puede incidir sobre la suerte de otros pleitos existentes entre las mismas partes.

a) *Juicios ordinarios*. Puede ocurrir que mientras el deudor demanda por consignación en pago, a su vez, sea demandado por cumplimiento de la obligación. Para evitar pronunciamientos contradictorios corresponde acumular ambas causas que quedarán radicadas ante el juzgado donde hubiere tramitado el primero de los juicios que hubiera sido notificado al adversario: es lo que se llama *principio de prevención*.

b) *Juicios ejecutivos*. Cuando el acreedor dispone de un título que trae aparejada ejecución e inicia demanda ejecutiva contra el deudor, se plantean cuestiones complejas acerca de la incidencia que sobre este juicio pueda tener el juicio por consignación en pago deducido por el deudor. Los principales problemas que se suscitan son los relativos a las excepciones de pago y litispendencia.

Se ha entendido que el juicio de consignación no equivale a la excepción de "pago documentado total o parcial" a que se refieren las leyes procesales, mientras no concurra la aceptación por escrito del acreedor o la sentencia que declare válida la consignación.

En lo que se refiere a la excepción de litispendencia no cabe admitirla cuando se funda en una consignación *posterior* a la intimación de pago hecha en el juicio ejecutivo ni cuando difiere el monto de ambos juicios. Pero si la consignación, *anterior* a la intimación de pago en el juicio ejecutivo, exhibe características de seriedad y se hace por una suma semejante a la pretendida por el ejecutante, la excepción de litispendencia sería admisible.

c) *Juicios de desalojo*. En esta materia, cuando el desalojo se sustenta en la falta de pago del alquiler, se aplican los principios expuestos. Por tanto, es útil para detener el desalojo la consignación apropiada de los alquileres, hecha con anterioridad a la notificación de aquella demanda.

1059. GASTOS Y COSTAS.– Es de interés saber quién debe afrontar los gastos de la consignación, que entraña erogaciones de tasas judiciales, honorarios, etcétera, que la hacen mucho más onerosa que un pago extrajudicial.

El principio en materia de consignación es que ha de cargar con las costas quien ha provocado injustificadamente el juicio de consignación: el acreedor si no impugnare la consignación o fuese condenado a recibirla; el deudor si retirase el depósito o la consignación fuese rechazada (art. 760).

La directiva es lógica y en general merece aprobación. Sin embargo hay situaciones en las que puede conducir a resultados injustos la aplicación inflexible del principio legal. Este problema ha suscitado opiniones encontradas en cuanto a la interpretación del art. 760.

Para una primera posición, corresponde aplicar rígidamente el art. 760 en su sentido literal, sin que ante los términos de la ley pueda hacerse mérito de las circunstancias concurrentes en cada caso para llegar a una solución distinta.

Para otra posición, que compartimos, la materia del juicio de consignación no tiene en sí nada de peculiar que obligue a crear para ella un estatuto propio, que impida el juego de las reglas procesales ordinarias. En esta comprensión, el art. 760 señala un criterio general que corresponde apreciar con fluidez haciendo mérito de las circunstancias de cada caso. Es la tesis que ha prevalecido en la jurisprudencia. Así, con este criterio fluido, se ha admitido que el acreedor retire los fondos pero cuestione el procedimiento seguido por el consignante por no haber mediado negativa para recibir el pago extrajudicial. En estos casos, a pesar de que el art. 760 pone las costas a cargo del acreedor que retira el depósito, se ha decidido con razón, que las costas debían ser soportadas por quien consignó sin que hubiera motivo para ello.

1060. MODO DE REALIZAR LA CONSIGNACIÓN.– El operativo práctico de realizar la consignación varía según que el objeto debido sea una *suma de dinero,* una *cosa cierta* o una *cosa incierta.*

1061. a) *Consignación de una suma de dinero.*– Siempre la sustancia de la consignación consiste en poner el objeto debido a disposición del juez para que éste lo atribuya al acreedor. Tratándose de sumas de dinero, habrá que depositarlas en el banco oficial que corresponda. El segundo paso consiste en la promoción de la demanda de consignación que deberá notificarse al acreedor; el solo depósito no es suficiente.

1062. b) *Consignación de cosas ciertas.*– Cuando el objeto debido es una cosa cierta, el primer paso de la consignación consiste en la *intimación judicial* al acreedor para que reciba el pago (art. 764). Aquí el *depósito* queda sustituido por una *intimación judicial* que se dicta a pedido del deudor y se notifica al acreedor. El deudor no queda *materialmente* desposeído de la cosa; en cambio queda desposeído de ella *jurídicamente* puesto que ahora la posee por cuenta del acreedor. La intimación judicial surte todos los efectos de la consignación (art. 764), excepto cuando la consignación recaiga sobre un inmueble alquilado. En este último caso el inquilino consignante debe llegar al *depósito judicial* (art. 1611), que se cumple con la consignación de las llaves del inmueble.

De acuerdo con el art. 764 la intimación judicial se cumple respecto de "un cuerpo cierto que deba ser entregado en el lugar en que se encuentre". Si la cosa no se encuentra en el lugar en que deba entregarse el deudor debe "transportarla a donde debe ser entregada, y hacer entonces la intimación al acreedor para que la reciba" (art. 765).

Si el acreedor intimado no recibe la cosa ésta "puede ser depositada en otra parte con autorización judicial" (art. 764, *in fine*). Cabe señalar que la intimación judicial libera al deudor.

En lo que hace a la cuestión de hecho relativa a la custodia de la cosa, el deudor no puede estar atado indefinidamente al capricho del acreedor. Por ello si se trata de cosas perecederas o cuya conservación sea muy onerosa, el deudor puede solicitar al juez autorización para que se proceda a su venta en la forma más conveniente (arg. art. 205, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). El producido de la venta se pondrá a disposición del acreedor.

1063. c) *Consignación de cosas inciertas.*– Es el caso de las obligaciones de dar cosas inciertas fungibles o no fungibles, y de las obligaciones alternativas. Cuando la elección pertenece al deudor, la cuestión es sencilla: el deudor debe identificar la cosa y practicada esta identificación concreta, la obligación pasa a versar sobre una cosa cierta sujeta al régimen del art. 764.

Cuando la elección pertenece al acreedor, el Código acepta el sistema de la *doble intimación*: el deudor debe intimar judicialmente al acreedor para que haga la elección y si el acreedor se rehúsa el deudor puede hacer la elección por sí mismo con autorización judicial. Verificada la elección, ha de procederse como en el caso de deuda de cosa cierta (art. 766).

1064. OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER.– Estas obligaciones no son susceptibles de ser pagadas por vía de consignación, y el Código con razón no contempla dispositivo alguno al respecto.

VIII. IMPUTACION DEL PAGO

1065. CONCEPTO.– La teoría de la imputación del pago comprende el conjunto de reglas que definen a cuál de *varias obligaciones* habrá de aplicarse el pago que satisface el deudor. Supone la existencia de varias obligaciones, cuyo *objeto* es de la misma índole, que vincula a las *mismas* personas que invisten la calidad de acreedor y deudor. Frente a esos presupuestos se suscita la duda acerca de cuál es la obligación que se extingue por un pago que no alcanza a solventar todas las deudas pendientes. Para disipar esa duda se ha elaborado la teoría de la imputación del pago, de antigua data en la evolución del derecho.

1066. REQUISITOS.– Para que funcione la teoría de la imputación de los pagos se requieren cuatro requisitos: 1º) que existan *varias obligaciones* pendientes susceptibles de pago: así surge del art. 773 que alude en plural a *"las obligaciones"*; 2º) que esas obligaciones vinculen al mismo deudor *"con un solo acreedor"* (art. 773); 3º) que todas las obligaciones *"tuvieren prestaciones de la misma naturaleza"* (art. 773), pues de otro modo no habría duda alguna sobre la aplicación del pago a la satisfacción de una u otra deuda; 4º) que el pago satisfecho sea *insuficiente* para cubrir todas las deudas, pues, lógicamente, si alcanzara para extinguir todas las obligaciones no habría lugar para el juego de la teoría de imputación de los pagos que supone la necesidad de seleccionar una de entre varias deudas pendientes, para aplicar a ella un pago que no abarca a todas.

106

1067. CASOS.– La imputación del pago se practica según el siguiente orden de prelación: 1º) por el *deudor*; 2º) en su defecto, por el *acreedor*; 3º) en defecto de ambos, por la *ley*.

1068. IMPUTACIÓN POR EL DEUDOR.– El derecho de elegir la deuda que quiere pagar le corresponde al deudor. Esta facultad del deudor no es absoluta. El deudor debe ejercerla "al tiempo de hacer el pago" (art. 773); pasada esa oportunidad el pago se aplicaría a la obligación indicada por el acreedor, o en su defecto, por la ley. En cambio el deudor puede hacer tal indicación *antes de hacer* el pago y si no la rectifica posteriormente ella produce todos sus efectos. Si el deudor la rectifica y al tiempo del pago elige una deuda distinta, el acreedor no puede impedirlo pero puede reclamar la indemnización del perjuicio que esta rectificación le cause.

El derecho de elegir la deuda que se paga no puede ejercerse en menoscabo de los derechos del acreedor. Por ello la elección "no podrá ser sobre deuda ilíquida, ni sobre la que no sea de plazo vencido" (art. 774). Si la deuda es ilíquida es imposible saber si el pago es íntegro; si la deuda es a plazo, esta modalidad funciona a favor de ambas partes y no puede el deudor privar al acreedor de su derecho a cobrar en el tiempo propio.

Si la deuda comprende capital e intereses, el deudor no puede "sin consentimiento del acreedor imputar el pago al principal" (art. 776). *En ningún caso puede el acreedor ser obligado a recibir un pago parcial*, por lo que tampoco podría el deudor invirtiendo la regla legal, pretender pagar el capital, sin pagar también los intereses. Si el acreedor se aviene a recibir un pago parcial a cuenta de lo que se le adeuda, tal pago se imputará primero a los intereses, a menos que el acreedor acepte que se impute al capital (art. 777).

1069. IMPUTACIÓN POR EL ACREEDOR.– Cuando el deudor no hace uso de su derecho de imputar el pago a una deuda determinada, esa facultad pasa al acreedor, quien puede ejercerla en la mismas condiciones y bajo similares limitaciones. Esta facultad del acreedor es *subsidiaria*, pues sólo puede ejercerse "cuando el deudor no ha escogido" (art. 775) la deuda en trance de pago. Se trata de un acto unilateral del acreedor que el deudor no puede cuestionar si es ejercido en forma legítima. El acreedor debe hacer la imputación al tiempo del pago, y si no ejerce este derecho no puede hacerlo después, porque entonces la imputación resulta impuesta por la ley. La imputación puede hacerla el acreedor en el mismo recibo de pago

(art. 775) o en documento separado otorgado contemporáneamente con el simple recibo, y debe recaer sobre deudas líquidas y vencidas.

La imputación practicada por el acreedor no es válida cuando ha "mediado dolo, violencia o sorpresa por parte del acreedor" (art. 775). El dolo y la violencia han de entenderse en el sentido que tienen estas palabras como vicios de los actos jurídicos, aunque hay que tener presente que aquí lo viciado no es el *pago*, sino la *imputación*.

La *sorpresa* aquí mentada es una suerte de dolo de tono menor, que como dice Colmo, "consiste no en maniobras engañosas, sino en la prontitud con la cual el acreedor se aprovecha de la omisión del deudor para hacerle aceptar una imputación que le sería perjudicial". Aunque el Código no menciona el *error* es indudable que cuando media *error esencial* apto para anular un acto jurídico, tanto el acreedor como el deudor pueden invocarlo no para anular el pago pero sí la imputación. Lo propio cabe decir del dolo o la violencia ejercidos por un tercero.

1070. IMPUTACIÓN LEGAL.– Cuando ni el deudor ni el acreedor hubiesen practicado la imputación del pago, hay que atender a los criterios señalados por la *ley* para hacer la imputación. Desde luego, esta imputación legal es subsidiaria de la que hubieran podido practicar el deudor o el acreedor. La ley efectúa la imputación del pago con la ayuda de dos principios:

a) *Principios de mayor onerosidad.*– Entre varias deudas *vencidas* la imputación legal se hace "a la más onerosa al deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, *o por otra razón semejante*" (art. 778). La apreciación de la mayor onerosidad queda librada al criterio judicial.

b) *Prorrateo del pago.*– Cuando las deudas son igualmente onerosas para el deudor, sin que puedan hacerse distinciones, el pago "se imputará a todas a prorrata" (art. 778, *in fine*).

El art. 778 sólo contempla las deudas vencidas. Sin embargo, si todas las deudas estuviesen pendientes de plazo, y el acreedor aceptara un pago antes del vencimiento, correspondería imputar el pago según los principios ya expuestos.

Efectuada la imputación, ésta reviste carácter definitivo y no puede ser revocada unilateralmente. Si el acreedor y el deudor se ponen de acuerdo para modificarla, pueden hacerlo siempre que con ello no lesio-

nen derechos adquiridos por terceros. Así, si una primera imputación del pago ha extinguido una deuda hipotecaria, no podrían las partes modificar la imputación y hacer renacer la hipoteca en perjuicio de un segundo acreedor hipotecario o de un adquirente del inmueble.

IX. PRUEBA DEL PAGO

1071. CARGA DE LA PRUEBA.– El pago no se presume, debe ser comprobado. Al deudor que pretende su liberación le incumbe la prueba del pago, así como al acreedor que invoca su carácter de tal le corresponde probar la existencia de la obligación. El deudor debe probar también que el pago se ajusta a los términos de la obligación, lo que cabe presumir si el acreedor lo aceptó sin observaciones.

Por excepción el deudor no debe producir la prueba del pago si se trata de obligaciones de no hacer: es el acreedor que denuncia la infracción de este deber negativo quien debe probar el hecho violatorio de la obligación asumida. También le correspondería la prueba del pago al acreedor si funda en el pago algún derecho resultante del *reconocimiento o confirmación* de la obligación.

1072. MEDIOS DE PRUEBA.– El punto relativo a los medios de prueba para acreditar el pago ha suscitado controversia.

a) Para una primera posición, sólo sería posible demostrar su efectiva realización por los medios de prueba, inclusive testigos y presunciones admisibles para probar los contratos. El Código así lo dispone al reglamentar la prueba de los contratos (arts. 1190 y sigs.), y por analogía correspondería aplicar al pago las mismas reglas y también las mismas limitaciones; así no sería posible probar por testigos un pago superior a $ 10.000 de la vieja moneda (conf. art. 1193).

b) Para una segunda tesis que nosotros compartimos, no se justifica la restricción probatoria del art. 1193, con relación al pago, que no es un contrato, sino un acto jurídico extintivo. El contrato está en el mismo origen de la obligación y se explica cierto sentido restrictivo cuando se trata de admitir la existencia de la obligación, pero demostrada ya esa existencia no cabe aplicar el mismo rigor al pago, ya que las partes, en base a la buena fe, prescinden a veces de su documentación. Por otra parte, la restricción probatoria del art. 1193 se refiere a los contratos y no cabe extenderla al pago sin disposición expresa de la ley. Por último, debe tenerse

presente que lo que realmente interesa es la averiguación de la verdad, eso conduce a dos directivas distintas que no cabe confundir: el juez ha de admitir con *amplitud* los distintos medios de prueba posibles con relación al pago, pero esto no significa que deba apreciarlos con benevolencia: la apreciación ha de ser *severa*, y sólo cabe admitir la existencia del pago cuando el juez se persuade más allá de toda duda razonable que el pago realmente tuvo lugar. La duda se vuelve contra el deudor que no tuvo la precaución elemental de recabar del acreedor el usual recibo que constituye la prueba del pago por excelencia.

c) El fenómeno de la inflación y los sucesivos cambios de nuestro signo monetario, hace que los $ 10.000 aludidos en el art. 1193 hoy carezcan de toda significación y por ende dicho precepto resulte en la práctica inaplicable.

1073. RECIBO DE PAGO.– El recibo es la constancia escrita emanada del acreedor de haber recibido el pago, y puede otorgarse por instrumento público o privado. Implica, en cuanto a su naturaleza jurídica, un *reconocimiento extintivo* de la obligación; por ello, para que sea válido, quien lo otorga debe ser capaz, y a falta de esta capacidad el recibo es nulo, siendo esta nulidad relativa, porque protege un interés privado.

1074.– El otorgamiento del recibo es un acto no formal, lo que en principio deja a las partes la libertad de elegir la forma que consideren más conveniente. Las imprecisiones de que adolezca no lo hacen inválido si reúne los requisitos de los instrumentos públicos o privados.

Por excepción el pago debe otorgarse por escritura pública si versa sobre "obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres" (art. 1184, inc. 11). Si se omitiera la forma de la escritura pública el deudor puede exigir la reducción del recibo a escritura pública (arts. 1185 y 1187).

El recibo otorgado por instrumento privado debe llevar en principio la firma del acreedor (conf. art. 1012). Sin embargo la falta de firma no destituye al recibo de toda eficacia probatoria, porque en materia de instrumentos privados cabe distinguir su función de *forma* del acto, que requiere la firma , de la función de medio de prueba, que puede existir a pesar de la falta de firma. Hay que concluir que si los contratos pueden probarse por instrumentos privados firmados o no firmados (art. 1190), con mayor razón debe observarse esta regla cuando se trata de probar el

pago de obligaciones. Claro está que el recibo no firmado no prueba por sí solo el pago; cumplirá esta función cuando las demás pruebas lo corroboren, creando la convicción de que el pago tuvo lugar.

1075.– Cuando el recibo es utilizado entre las partes es indudable que el efecto probatorio del documento abarca la fecha del mismo en virtud de lo dispuesto por los arts. 993 y 1026. Pero se plantea la cuestión de saber si la fecha del recibo de pago es oponible a un tercero. Si se aplicaran las normas que reglan lo relativo a la fecha cierta, el deudor se encontraría siempre en una situación de inseguridad frente a los terceros, pues el recibo común, carente de fecha cierta, no lo ampararía frente a ellos. Teniendo en cuenta que no cabe exigir que el deudor se preocupe de dar fecha cierta a todo recibo de pago, la doctrina admite que se lo dispense de este requisito si presenta el recibo inmediatamente al ser requerido. Quien objete la fecha del recibo tachándolo de antidatado, puede recurrir a la acción de simulación, en cuyo caso deberá suministrar las pruebas necesarias.

1076.– Si el recibo se otorga por *saldo*, es decir, a título de cancelación de todas las deudas existentes entre las partes, es a pesar de su amplitud susceptible de revisión, si el acreedor prueba la deficiencia del ajuste de cuentas que motivó el otorgamiento del recibo por saldo. Se trataría de un error que viciaría la voluntad manifestada en este recibo.

1077.– Cuando la costumbre elimina en ciertas materias la documentación de los pagos mediante recibo (gastos de viaje, de farmacia, etc.), el deudor no sufre le presunción adversa a la existencia del pago que origina normalmente la falta de recibo. Simplemente deberá probar los pagos por cualquier otro medio de prueba.

1078.– Si falta el recibo pero existen en el título de la obligación menciones de pagos escritas por el acreedor, pero no firmadas por él, se ha controvertido su alcance. Por nuestra parte pensamos que tales constancias deben ser apreciadas en función de las circunstancias de cada caso. En general, tienen el valor de presunciones, que si son corroboradas por otras pruebas, pueden demostrar la existencia del pago.

1079. PRUEBA DEL PAGO EN LAS PRESTACIONES PERIÓDICAS.– "Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales y en períodos determinados, el pago hecho por el último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario" (art. 746). La ley da aquí al deudor un trato benévolo teniendo en cuenta que no cabe presumir que el acreedor haya aceptado que el pago se impute a una prestación o cuota posterior, existiendo otras anteriores impagas.

La norma se aplica a aquellas obligaciones cuyo objeto está dividido en prestaciones parciales o cuotas, como por ejemplo la venta por mensualidades en la que un único precio se fracciona a los efectos del pago.

No están comprendidas en el art. 746 las obligaciones periódicas que son las que brotan o germinan por el transcurso del tiempo, como los intereses de un capital o los alquileres de un inmueble, o los sueldos que gana un empleado en razón del tiempo trabajado. Sin embargo, aunque la ley no siente ninguna regla con respecto a ellas, cabe aplicarles la misma presunción *hóminis*, ya que las circunstancias son muy similares.

Tampoco se aplica el art. 746 a los impuestos o tasas fiscales. Aquí no hay prestaciones parciales, sino deudas independientes que provienen de distintas causas, pues el impuesto de cada año constituye una causa única.

X. PAGO CON SUBROGACION

1080. NOCIÓN.– La subrogación se refiere a la substitución de una persona por otra o de una cosa por otra (ver *supra*, núms. 399 y sigs.).

El *pago con subrogación* es el que satisface un tercero, y en virtud del cual él se sustituye al acreedor en la relación de éste con el deudor. Se trata de una institución compleja que encierra un *desdoblamiento* de la obligación con respecto a los efectos esenciales del pago: en efecto, aquí se *extingue el crédito* en la persona del acreedor primitivo, que resulta desinteresado y eliminado de la obligación, pero *subsiste la deuda* a cargo del obligado y a favor de quien pagó al acreedor.

1081. NATURALEZA JURÍDICA.– Distintas teorías se han sustentado para explicar este instituto, en el que se *acumula* un pago que es un modo de extinguir la obligación, con una *transmisión* de los derechos del acreedor.

Para Colin y Capitant, cuya opinión compartimos, se trata de una institución compleja que encierra ideas aparentemente conflictivas pero de las cuales no se puede prescindir si se quiere analizar la realidad del pago con subrogación. La necesidad de conciliar los derechos de los sujetos de la obligación y de los terceros lleva a admitir una forma de pago en

la que los efectos del pago se disocian temporalmente; ésta es su fisonomía propia, nacida de las necesidades del tráfico jurídico. Pretender hacer entrar este mecanismo forzadamente en el marco de otras figuras obligacionales, hace perder de vista su verdadero carácter sin que por ello se obtenga ningún esclarecimiento.

En suma, se trata de un instituto complejo y dual que amalgama dos figuras distintas: un *pago relativo* y una *sucesión singular de derechos* que afecta a quien como el deudor es ajeno a aquel pago, del que no puede aprovechar sin causa legítima para ello.

1082. DISTINTAS ESPECIES DE SUBROGACIÓN.– Considerada en función de la fuente de la cual emana, "la subrogación puede ser convencional o legal", según que emane de la voluntad del acreedor o del deudor, o bien de la ley.

1083. A) SUBROGACIÓN LEGAL: DIVERSOS CASOS.– El art. 768 contempla distintos supuestos de subrogación legal a los que nos referimos en seguida.

1084. a) *Pago de un acreedor a otro que le es preferente.*– La subrogación legal dentro de la enumeración del Código se da, en primer lugar, a favor de quien "siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente" (art. 768, inc. 1º). Esta facultad se sustenta en la conveniencia general de eliminar a un acreedor intemperante que por razón de su preferencia en el cobro no trepida en precipitar una ejecución inoportuna, que puede redundar en desmedro de las posibilidades de cobro de otros acreedores.

Cualquier acreedor, aun quirografario, puede ejercer esta facultad, sin necesidad de demostrar un interés especial, que por lo demás surge de la propia condición de acreedor.

Si el deudor se opone al pago, no por ello deja de tener lugar la subrogación. En efecto, el acreedor que paga a un acreedor preferente es un tercero interesado, cuya subrogación en los derechos del acreedor no puede negarse. Sólo cuando pretende inmiscuirse en la relación obligatoria un tercero que carece de interés en el pago, procede negarle la subrogación si el deudor se ha opuesto al mismo.

1085. b) *Deudor obligado con otros o por otros.*– El segundo supuesto legal es el de quien paga una deuda a la que estaba obligado con

otros o por otros (art. 768, inc. 2º). Se contempla aquí la situación de los *obligados conjuntos* y de los *deudores subsidiarios*.

Revisten la condición de obligados conjuntos los codeudores, solidarios y los codeudores de una obligación indivisible. No lo serían, en cambio, los codeudores de una obligación divisible, porque cada uno de ellos no está obligado "con" los demás, sino que es deudor único de la parte que le toca en la deuda.

Son deudores subsidiarios quienes se han obligado *por* otros, tales como los fiadores y los que se sujetan a una cláusula penal para el caso de que el deudor principal no cumpla la obligación.

Los deudores subsidiarios obtienen una *subrogación total* en los derechos del acreedor, mientras que los deudores conjuntos que pagan la totalidad de la deuda, sólo se subrogan contra los demás coobligados hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de ellos estaba obligado a contribuir al pago (art. 771, inc. 3º).

1086. c) *Pago efectuado por un tercero no interesado.*– La subrogación legal también compete al "tercero no interesado que hace el pago consintiéndolo tácita o expresamente el deudor o ignorándolo" (art. 768, inc. 3º). Se trata de una norma que acuerda la subrogación legal con una gran amplitud, no conocida por las legislaciones anteriores o posteriores a nuestro Código. Con ella la subrogación legal a favor del tercero pagador es la regla general, que sólo se deja de lado si promedia la oposición del deudor o una norma particular que excluya la subrogación en un caso concreto (por ej., art. 693, *in fine*).

Es indiferente que el tercero pagador haya obrado en su propio nombre o a nombre del deudor; ello no hace al reembolso, y es justo porque el deudor no puede pretender estar en mejor situación frente al tercero que frente al acreedor primitivo.

Tampoco interesa que el pagador sea un tercero interesado o no interesado. Si el tercero no interesado se subroga en los derechos del acreedor, claro está que con mayor razón gozará de tal franquicia el tercero interesado, no sólo en los casos expresamente contemplados en el Código, sino toda vez que se dé la situación que hemos descripto *supra* (ver núms. 983 y sigs.) y la persona comprendida en ella pague al acreedor.

Si el tercero efectúa el pago creyéndose deudor sin serlo, el pago es anulable; pero siendo la nulidad relativa el pagador podría confirmar el acto, con lo cual la subrogación funcionaría normalmente.

108

El supuesto que estudiamos supone el consentimiento del deudor o por lo menos su falta de oposición. Si el deudor se opusiere al pago, la subrogación no tendría lugar, y el tercero sólo tendría acción de *in rem verso* contra el deudor en la medida prevista por el art. 728, *in fine*.

1087. d) *Adquirente de un inmueble hipotecado.*– La subrogación legal también actúa a favor "del que adquirió un inmueble y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble". Así lo establece el art. 768, inc. 4º, que concuerda con los arts. 2151 y 3185.

Para el funcionamiento de este supuesto no basta que el tercero haya suscripto boleto de compraventa del inmueble; se requiere que haya adquirido el dominio, sea a título oneroso o gratuito.

1088. e) *Heredero beneficiario.*– El último supuesto de subrogación legal es el del "heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma" (art. 768, inc. 5º). El heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario, impide la confusión del patrimonio del causante con el suyo propio. Sólo el saldo líquido que quede luego de pagadas las deudas del causante ingresará en el patrimonio del heredero. La posibilidad de pagar las deudas sucesorias con la consiguiente subrogación le permite al heredero evitar ejecuciones inoportunas y gastos, lo que puede mejorar decisivamente el saldo positivo, que será lo que en definitiva adquiera.

1089. B) SUBROGACIÓN CONVENCIONAL.– Es la que tiene lugar por *convenio* que celebra el pagador con el acreedor, o bien con el deudor.

1090. a) *Subrogación por el acreedor.*– Tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda, en cuyo caso la subrogación se rige por las disposiciones sobre la cesión de derechos (art. 769).

No debe interpretarse el precepto legal en el sentido de que sean aplicables *todas* las normas de la cesión de créditos. No cabe olvidar que se trata de actos distintos: la cesión de créditos es un acto principal que se basta a sí mismo y existe por el solo consentimiento de las partes, en tanto que la subrogación por el acreedor es un pacto accesorio a un pago que es el acto principal. De ahí que a diferencia de lo que ocurre en la cesión de créditos, el derecho del pagador está limitado al monto de su propio pago y no goza el que paga de la garantía de evicción. De ello se desprende que

sólo se aplican a este supuesto de subrogación convencional las normas de la cesión de créditos que resulten compatibles con su naturaleza a saber, la forma del acto y la exigencia de notificación al deudor para perfeccionar la subrogación frente a terceros.

Para que funcione la subrogación convenida con el acreedor se requiere en primer lugar que el convenio sea expreso, y exteriorice con claridad la intención del acreedor de traspasar sus derechos al tercero pagador. Aunque el Código no lo mencione, es necesario que la subrogación se convenga al tiempo del pago; un convenio ulterior sería estéril, porque el pago habría extinguido los derechos del acreedor.

La subrogación por el acreedor no se perfecciona respecto de terceros sino mediante la notificación al deudor; no se requiere el consentimiento del deudor, del que cabe prescindir sin que ello obste a la validez del convenio (art. 767, 2ª parte).

1091. b) *Subrogación por el deudor.*– Hay subrogación hecha por el deudor cuando éste paga a su acreedor, transmitiéndole a un tercero, que le ha suministrado los medios para hacer el pago, los derechos del acreedor contra él (art. 770). Así, si el deudor soporta una deuda que lleva crecidos intereses y por la que ha dado alguna garantía, puede interesarle obtener fondos en condiciones más favorables y subrogar al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. Al mismo resultado podría llegarse, sin intervención del deudor, si el prestamista pagara directamente al acreedor y éste le recibiera el pago, en cuyo supuesto funcionaría la subrogación legal (art. 768, inc. 3º).

La subrogación convencional que analizamos requiere: que la convenga expresamente el deudor en un documento público o privado de fecha cierta que permita al prestamista invocarla frente a terceros, y que se justifique que los fondos con que se desinteresó al acreedor provienen del tercero que alega la subrogación. No es necesaria, en cambio, la conformidad del acreedor (art. 767, 2ª parte).

1092. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN: PRINCIPIO.– Sea legal o convencional, la subrogación importa un traspaso del crédito a favor del *subrogado*, a cuyo respecto queda obligado el deudor, que no resulta liberado por el pago con subrogación. La transmisión que se opera es amplia y comprende "todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores como contra los fiadores".... (art. 771, 1ª parte). Entre los *derechos* del acreedor pasan al subrogado los pri-

vilegios, la garantía de evicción, el derecho de cobrar intereses etcétera; las *acciones* transmitidas incluyen la facultad de demandar la resolución o rescisión del contrato fundante de la obligación sin perjuicio de las demás que integran el dispositivo que la ley pone a disposición del acreedor para el resguardo de su derecho.

No pasan, en cambio, al subrogado, las facultades del acreedor primitivo inherentes a su persona; así, si un tercero paga el cargo impuesto al donatario, se subroga en los derechos del donante en cuanto a la ejecución del cargo, pero no en la facultad de pedir la revocación de la donación por causa de ingratitud.

1093. LIMITACIONES A LA TRANSMISIÓN.– La transmisión a favor del subrogado reconoce las limitaciones que resultan del art. 771.

a) En primer lugar el subrogado no puede ejercer los derechos del acreedor "sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor" (art. 771, inc. 1º). Por ello, si el crédito es de $ 1.000 y el acreedor acepta cancelarlo por $ 700, el subrogado sólo tendrá acción contra el deudor por la suma de $ 700 realmente desembolsada, aunque el crédito se haya extinguido totalmente. Si el tercero persiguiera con el pago realizar una inversión lucrativa, claro está que le resultaría más conveniente recurrir a la cesión de crédito, pues en nuestro ejemplo podría percibir del deudor el importe íntegro de la deuda, sin que el monto de su desembolso tuviera influencia alguna.

b) En segundo lugar el efecto de la subrogación puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente (art. 771, inc. 2º). Aunque el Código se refiere sólo a la subrogación convencional, la doctrina y nuestros proyectos de reforma aceptan la posibilidad de que la limitación convencional se extienda también a la subrogación legal.

c) Finalmente, la subrogación convencional establecida a favor de los que pagan la deuda a la que están obligados con otros, "no los autoriza a ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus coobligados sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda" (art. 771, inc. 3º).

1094. CASO DEL PAGO PARCIAL.– Si el subrogado hace "un pago parcial y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor y la del subrogado, éstos concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiese" (art. 772). Esto significa que no alcanzando los bienes del deudor para cubrir la parte impaga que se adeuda todavía al acreedor y atender al reintegro de lo desembolsado por el tercero pagador, se prorratean los bienes insuficientes entre ellos en proporción del crédito de cada uno. La solución es lógica y justa: ambos créditos tienen la misma causa –el hecho fundante de la obligación– y resulta equitativo que reciban un trato igualitario.

1095. CONVENIO CONTRARIO.– El criterio igualitario del art. 772 no es de orden púbico y puede ser variado por las partes que intervienen en el pago que da lugar a la subrogación, en el sentido que les resulte más conveniente. Por esa vía podrán ellas determinar que en lugar del prorrateo enunciado por aquel precepto rija una preferencia para el subrogado, o a la inversa conforme al criterio francés, que sea él postergado por el acreedor primitivo.

1096. CONFLICTO ENTRE VARIOS SUBROGADOS.– Cuando el acreedor primitivo ha sido desinteresado sucesivamente por varias personas que han hecho *pagos parciales*, todos quedan subrogados paritariamente sin atender a la fecha de cada pago. Es una solución pacífica, que en nuestro país es congruente con el criterio igualitario del art. 772.

1097. DIFERENCIA CON LA CESIÓN DE CRÉDITOS.– Nos hemos ocupado del punto en el número 929, adonde remitimos.

XI. PAGO INDEBIDO

1098. CONCEPTO.– Se denomina *pago indebido* al pago que no habilita al *accipiens* para *retener* lo pagado por el *solvens*. En tal caso el *solvens* o pagador puede entablar una acción de repetición contra el *accipiens*, que ha recibido el pago indebido, a fin de que éste le restituya lo dado en pago.

1099. DIFERENTES CASOS.– El pago indebido comprende tres casos específicamente distintos:

1) El *pago por error*, que a su vez abarca dos sub-especies: a) el pago de deuda ajena por quien por error se cree deudor; b) y el pago hecho con una cosa que se cree deber, cuando en realidad es otro el objeto debido. En ambos casos el *accipiens* es acreedor y tiene título para recibir el pago, que sin embargo se anula por mediar un error esencial.

2) El *pago sin causa legítima*, que no corresponde a obligación que conceda título al *accipiens* para recibirlo. A su vez comprende varias subespecies: a) pago sin causa propiamente dicho; b) pago hecho en consideración a una *causa futura*, de hecho *frustrada*; c) el pago de *causa cesante*, hecho en razón de una causa existente que luego cesó de existir; d) el pago de *causa inmoral* o contraria a las buenas costumbres; e) el pago de *causa ilícita*, que corresponde a una obligación contraria a las leyes o al orden público.

3) El *pago obtenido por medios ilícitos*, como el dolo o la violencia, que se anula por razón de estos vicios, aunque correspondiera a una obligación válida.

En estos supuestos subyacen dos *fundamentos* del dispositivo legal: el fundamento remoto es el principio de equidad que veda enriquecerse injustamente a costa de otro.

El fundamento próximo y técnico de la repetición es: la *nulidad* del pago indebido obrado por error o conseguido por el *empleo de medios ilícitos*; y es la *inexistencia del pago* como acto jurídico cuando carece de causa.

§ 1. Pago por error

1100. PAGO POR ERROR. CONCEPTO LEGAL. REQUISITOS.– Quien por error de hecho o de derecho se cree deudor y efectúa un pago tiene derecho a repetir lo pagado (art. 784) e igualmente quien siendo verdadero deudor paga con cosa que cree deber pero en realidad no debe. Para que se dé el supuesto legal se requiere, desde luego, que medie un verdadero *pago*, hecho con *animus solvendi*. En segundo lugar, es fundamental para caracterizar el pago por error que el *accipiens* tenga *título* para recibir ese pago, es decir, sea acreedor de la obligación satisfecha. Si el *accipiens* careciera de este título nos encontraríamos en la hipótesis muy distinta del *pago sin causa*, que no requiere el error del *solvens*. Aunque el pago sin causa se origine por lo general en un error del *solvens*, que explica el pago de una

obligación a un *accipiens* que no tenía título de acreedor, este error es jurídicamente irrelevante, pues lo que autoriza la repetición es la falta de causa.

El tercer requisito fundamental que configura el pago por error es naturalmente el *error* de hecho o de derecho que determinó que el *solvens* se creyera deudor. Este error puede recaer sobre la naturaleza del acto realizado –pagar una deuda ajena creyendo que es propia– o bien sobre la cosa que se paga, si el pagador estima que es la debida, cuando en realidad la deuda recae sobre otra cosa distinta.

El error apto para anular el pago puede ser de hecho o de derecho (art. 784), con lo cual el régimen del pago indebido se aparta de los principios generales en materia de error (arts. 20 y 923). El criterio aquí sustentado es justo, pues no porque el error sea de derecho se justifica que el *accipiens* se enriquezca a costa del *solvens* reteniendo algo que le ha sido satisfecho por quien no tenía deuda con él, o no la tenía respecto del objeto pagado.

1101.– La doctrina más difundida entiende que el error debe ser *excusable* por aplicación del art. 929. Nosotros nos inclinamos al punto de vista contrario: bien está que se exija un error excusable para privar de sus efectos a un acto jurídico, pero no parece justa esta exigencia en el caso del pago por error, porque la anulación del pago deja intacto el derecho del acreedor para exigir el pago al verdadero deudor, o con relación a la verdadera cosa debida. Por otra parte, la mayor o menor torpeza con que haya obrado el pagador no autoriza al acreedor a enriquecerse a su costa; máxime dentro de nuestro derecho positivo, que no autoriza al acreedor ni siquiera a enriquecerse a costa de quien obró no ya por error, sino con positiva mala fe (conf. arts. 2589 y 2594 y sus respectivas notas).

1102.– No obstante haber alguien efectuado un pago indebido por error y concurrir los requisitos ya explicados, no procede la repetición cuando a causa del pago el acreedor se ha despojado de la documentación justificativa del crédito; pero le queda salvo, al pagador, su derecho "contra el deudor verdadero" (art. 785).

Se comprende que si un tercero se inmiscuye en asuntos de otro dando ocasión a que quien recibe el pago se despoje del título de su crédito, no pueda pretender que se le devuelva lo pagado, porque dejaría al acreedor en situación dificultosa para hacer valer su derecho. Aunque el Código habla de "destrucción" del título, la doctrina concuerda en que la solución es

la misma en cualquier caso en que el acreedor, confiado en el pago, deja perjudicar su derecho (entrega del respectivo pagaré al deudor, transcurso de la prescripción, etc.).

Si la repetición contra el acreedor no resulta factible en virtud de lo dispuesto por el art. 785, el tercero puede ejercer la acción de reintegro contra el deudor, aunque debe soportar el riesgo del fracaso, si no puede probar el crédito ante la negativa del deudor.

1103. DIVERSAS HIPÓTESIS DE ERROR ESENCIAL.– Fuera del juego del principio general enunciado en el art. 784, el codificador trae una lista de casos de error esencial en el art. 790, que sólo tiene la ventaja de facilitar el cometido del intérprete pero que no agrega ninguna novedad a lo ya explicado. Los casos ejemplificados constitutivos de error esencial son los siguientes: 1) Si la obligación fuese condicional y el deudor pagase antes del cumplimiento de la condición; lo que significa que el deudor no ha renunciado a la condición como podía hacerlo suponer el pago anticipado. 2) Si la obligación fuese de dar una cosa cierta y el deudor pagase al acreedor, entregándole una cosa por otra. 3) Si la obligación fuese de dar una cosa incierta y sólo determinada por su especie, o si fuese la obligación alternativa y el deudor pagase en la suposición de estar sujeto a una obligación de dar una cosa cierta, o entregando al acreedor todas las cosas comprendidas en la alternativa. 4) Si la obligación fuese alternativa compitiendo al deudor la elección y él hiciese el pago en la suposición de corresponder la elección al acreedor. 5) Si la obligación fuese de hacer o de no hacer y el deudor pagase prestando un hecho por otro o absteniéndose de un hecho por otro. 6) Si la obligación fuese divisible o simplemente mancomunada y el deudor la pagase en su totalidad como si fuese solidaria.

En todos esos supuestos la prueba del error recae sobre el pagador que alega ese vicio.

1104. DIVERSAS HIPÓTESIS DE ERROR NO ESENCIAL.– Así como el codificador encontró oportuno ejemplificar los supuestos de error esencial, hizo lo propio con los casos de error no esencial en el art. 791. Así, no existe error esencial cuando la obligación fuere a plazo y el deudor pagase antes del vencimiento del plazo (inc. 1º). Los incisos 2º a 5º del art. 791 mencionan las varias hipótesis de obligaciones naturales enunciadas en el art. 515, incs. 2º a 5º. Esta enunciación pudo omitirse, porque todos los casos quedan comprendidos en el inc. 5º del art. 791: "Cuando se pagare una

deuda cuyo pago no tuviese derecho el acreedor a demandar en juicio, según este Código".

El inc. 6º ("cuando con pleno conocimiento se hubiere pagado la deuda de otro") no debió incluirse en la nómina legal. Claro está que si se paga con "pleno conocimiento" de que la deuda es ajena, no hay error esencial ni accidental. Sólo cabe la acción de reintegro de quien pagó, contra el deudor.

1105. ACCIÓN DE REPETICIÓN.– La acción de repetición corresponde al *solvens*, que será o bien el *deudor* que paga con cosa no debida o el *tercero* que paga una deuda ajena. La acción debe promoverse contra el *accipiens* que recibió el pago indebido y carece del derecho de retenerlo.

La prueba debe recaer sobre tres elementos fundamentales. En primer lugar ha de acreditarse el pago, lo que ordinariamente surgirá del respectivo recibo. En segundo lugar cabría demostrar el título del acreedor, pero esta prueba en realidad no es necesaria, porque planteada la repetición en el marco del art. 784, el demandante está reconociendo que el demandado es acreedor y tiene, en abstracto, título para cobrar su crédito. Lo que sí debe demostrar el demandante es, o bien que él no es el deudor de la obligación satisfecha o bien que la cosa pagada no era la debida.

Se llega así al tercer requisito, que reviste carácter fundamental, la prueba del error. Al actor que invoca el error le corresponde probarlo. Como toda prueba tendiente a demostrar un estado de conciencia, es una prueba difícil, ya que la ley no presume que quien paga lo hace por error, sino lo contrario. El accionante puede recurrir a toda clase de medios de prueba; no rige aquí la limitación del art. 1193 puesto que no se trata de probar un contrato, sino un hecho jurídico: el error que vicia la voluntad.

1106. EFECTOS DE LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN POR PAGO INDEBIDO.– Declarada la nulidad del pago indebido, el pronunciamiento judicial vuelve las cosas al estado anterior al acto (conf. art. 1050) y obliga a las partes a la recíproca restitución de lo recibido o percibido (conf. art. 1052). Las reglas generales sobre las restituciones que son consecuencia de la nulidad son recogidas y adaptadas a la materia que nos ocupa en los arts. 786 a 789, que contemplan distintas hipótesis.

1107. a) *Restitución de cantidades de cosas*.– Cuando el pago anulado sea de cosas fungibles, el acreedor está precisado a restituir "igual cantidad que la recibida" (art. 786) de la misma especie y calidad (art. 607). Si

el acreedor actúa de buena fe al tiempo de recibir el pago, no debe intereses sino a partir de su mora, que no mediando prueba acerca de un momento anterior debe ubicarse en la fecha de notificación de la demanda.

Si el acreedor ha recibido el pago de mala fe, es moroso desde el día del pago. Por tanto debe restituir lo recibido, con intereses desde el día del pago (art. 788), o a elección del *solvens* el valor de lo recibido y los intereses.

1108. b) *Restitución de cosas determinadas.*– Cuando la repetición se refiere a cosa no fungible que ha quedado determinada en el momento del pago, aunque no lo hubiera estado antes, se aplican principios semejantes a los expuestos. Por tanto, el acreedor "está obligado a restituir.... la cosa que se le entregó" (art. 786), pero esta obligación de restitución de la cosa pagada se rige por las reglas aplicables al poseedor de buena o mala fe, y no por las disposiciones relativas a las obligaciones de dar cosas ciertas para restituirlas a sus dueños, porque no se trata de una obligación *convenida*, sino resultante de la nulidad del pago.

Si el acreedor recibió el pago de buena fe, ha de restituir la cosa con los frutos pendientes, pero no los consumidos, y será considerado como poseedor de buena fe (art. 786). Tampoco restituirá los frutos "percibidos" pero no "consumidos" (art. 2423).

Si el acreedor ha recibido el pago de mala fe, debe restituir la cosa con los frutos que hubiese producido o podido producir desde el día del pago y se le trata como a poseedor de mala fe (art. 788). Si la cosa se ha deteriorado o destruido, aun por caso fortuito, subsiste la responsabilidad del acreedor por la pérdida o deterioro, a menos que pruebe que tales eventos hubieran ocurrido aunque la cosa hubiese estado en poder del *solvens* (art. 789).

1109. ALCANCE DE LA REPETICIÓN RESPECTO DE TERCEROS ADQUIRENTES.– Cuando la cosa dada en pago ha sido transmitida por el acreedor o un tercero, corresponde examinar los derechos del pagador contra el *accipiens* y contra el tercero adquirente.

1110. a) *Acción contra el accipiens.*– Si el *accipiens* recibió la cosa de mala fe, el dueño de ella, sea mueble o inmueble, puede demandar al acreedor la indemnización de los daños y perjuicios que la falta de restitución le provoca. La responsabilidad del *accipiens* es indudable, puesto que ha cometido un delito civil (art. 1077) y por lo demás responde por la

pérdida de la cosa (art. 789). Si el *accipiens* recibió la cosa de buena fe, no hay acción de responsabilidad contra él, que no ha cometido un acto ilícito, pero sí es viable una acción de *enriquecimiento sin causa* en la medida del provecho que ha obtenido.

1111. b) *Acción contra el subadquirente.*– Para apreciar si procede la reivindicación de la cosa debe distinguirse si se trata de cosa mueble o inmueble.

Si la cosa es mueble y el adquirente es de buena fe y a título oneroso no hay acción posible contra él. En cambio la reivindicación es viable si el adquirente recibió la cosa a título gratuito o si ella fuese robada o perdida (arts., 2412 y 2778, 2ª parte).

Si el adquirente es de mala fe la reivindicación procede contra él.

Cuando la cosa pagada es un inmueble, el art. 787, establecía que si quien la recibió de buena fe la enajenó a título oneroso o gratuito el que hizo el pago podía reivindicarla de quien la tuviese.

Dictada la ley 17.711, se ha modificado el art. 1051, que en su texto actual deja a salvo de los efectos de la nulidad a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

La evidente antinomia que ahora se presenta entre los preceptos –ya que por un error de técnica legislativa se omitió retocar el art. 787–, ha de resolverse por el predominio del art. 1051. Esta solución se impone en virtud del mejor resultado de esta interpretación, criterio que no puede dejar de computarse, y porque no sería razonable discriminar los pagos anulables del art. 787, de los demás actos anulables del art. 1051. En consecuencia el adquirente de buena fe y a título oneroso del inmueble sobre el cual recayó el pago indebido queda a cubierto de reivindicación.

1112. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.– En lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción de repetición de un pago viciado por error, tratándose de una acción de nulidad de un acto jurídico, el plazo de prescripción es el de dos años que establece el art. 4030. Sin embargo, desacertadamente, se ha decidido en algunos casos que es aplicable la prescripción decenal sin atender a la naturaleza de la acción que impetra una nulidad por vicio de la voluntad.

§ 2. Pago sin causa

1113. PAGO SIN CAUSA. NOCIÓN.– Es un *pago sin causa* el acto de ejecución de una prestación cuando el *accipiens* carece de título para recibirla. Todo pago supone la existencia de la obligación que se paga: esa obligación es la *causa* del pago. Pero si no hay obligación, quien recibe el pago no es acreedor y por tanto carece de título para recibir ese pago, que adolece de una falla: su falta de causa.

El pago sin causa no se confunde con el pago por error que hemos examinado precedentemente. El pago por error corresponde a una obligación constituida efectivamente, aunque quien lo ha hecho ha padecido un error esencial que vicia su voluntad, lo que hace al pago anulable. El pago sin causa adolece de una falla completamente distinta, que no está en la persona del *solvens* cuya voluntad ha resultado viciada, sino en la ausencia de título por parte del *accipiens*. De ahí que el Código disponga que: "El pago efectuado sin causa... puede ser repetido haya sido o no hecho por error" (art. 792).

1114.– El principio general sentado en el art. 792, ha dado lugar a dos tesis en nuestra doctrina. Para la *tesis restrictiva* la expresión "pago sin causa" utilizada por el codificador, tiene un sentido limitado que sólo es comprensivo de las hipótesis luego enunciadas en el mismo art. 792 y en los siguientes arts. 793 a 795. Para la *tesis amplia* el art. 792 sienta en su primera cláusula un *principio general* que por su misma índole no queda comprimido en las hipótesis luego enunciadas por el codificador.

Nosotros adherimos a esta tesis amplia que no sólo condice con la latitud de los términos empleados por el Código, sino que armoniza con el principio de necesidad de causa establecido como un pivote del derecho de las obligaciones en el art. 499 (ver *supra*, núms. 30 y sigs.). En verdad carece de lógica y razonabilidad dejar de invalidar el pago de una obligación inexistente por la sola razón de no estar enunciado el caso concreto en los arts. 793 a 795. Para verificar la inexistencia de un acto el juez no necesita autorización expresa ni tácita del legislador.

En virtud del carácter amplio del principio contenido en el art. 792, han de considerarse comprendidos en la repetición autorizada por ese precepto las siguientes situaciones: a) pagos de obligaciones inexistentes, como las obrantes en documentos de complacencia; b) pago a quien no es acreedor; c) pago no espontáneo efectuado por un tercero. Es el caso de la deuda que se sabe ajena, pero cuya ejecución el tercero no puede eludir. Así, si el Fisco reclama a un socio el pago de un impuesto que debe pagar la sociedad que es una persona distinta: el socio para evitar la ejecución fiscal, pagará bajo protesta sabiendo que la deuda es ajena y luego repetirá el pago; d) pago de una obligación *pendente conditione*, sin renunciar a la condición, pues mientras no advenga la condición la deuda carece de causa, etcétera.

1115. HIPÓTESIS LEGALES DE PAGO SIN CAUSA.– Después de establecer en el art. 792, el principio según el cual el pago sin causa da derecho a la subsiguiente repetición, el Código ubica dentro de esta categoría, varias hipótesis particulares en las que falta la causa, o media una causa inmoral o ilícita. Veremos estos casos por separado.

1116. FALTA DE CAUSA.– El art. 793 contempla dos supuestos de falta de causa.

a) *Causa futura no realizable o no realizada.*– Se trata del pago hecho en función de una causa futura, "a cuya realización se oponía un obstáculo legal, o que de hecho no se hubiese realizado...." Es el caso que cita el codificador de la suma dada a título de dote en relación a un matrimonio ulterior. La causa fundante, el matrimonio, puede tropezar con un obstáculo legal, por ejemplo, un impedimento dirimente, o puede frustrarse de hecho por obra de los novios. En tal caso éstos han de restituir los regalos de casamiento que como donaciones supeditadas tácitamente a la condición del casamiento (conf. art. 1802) resultan pagos de causa futura fracasada o frustrada.

b) *Causa presente luego cesante.*– Es el pago hecho "en consideración de una causa existente, pero que hubiese cesado de existir". La obligación existe en el momento de pagar pero un hecho sobreviniente aniquila la obligación precedente. Así si se asegura una alhaja contra pérdida o extravío, ocurrido alguno de estos hechos el asegurador deberá pagar la suma convenida; pero si luego la alhaja es recobrada, el pago carecería de causa y sería procedente su repetición.

1117. CAUSA INMORAL.– De la causa inmoral tratan los arts. 792 y 795.

El art. 792 autoriza la repetición del pago efectuado por una causa contraria a las buenas costumbres, que en el concepto del codificador con-

sisten en el "cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas" (nota al art. 530).

Los pagos de obligaciones violatorias de estos deberes pueden ser repetidos siempre que no haya habido torpeza en el *solvens*. Es lo que resulta del art. 795, que autoriza la repetición "cuando sólo hay torpeza por parte de quien lo recibe", aunque el hecho o la omisión se hayan cumplido. En cambio, "si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado". La política legal es clara: se tiende a desamparar al sujeto de conducta inmoral, sea el *solvens* o el acreedor. Si el que paga obra inmoralmente no puede repetir, aunque el pago sea para el *accipiens* un título ilegítimo de adquisición de bienes. Así el pago hecho para la comisión de un delito, no da lugar a repetición aunque el hecho no se haya realizado (art. 795). Pero si el *solvens* está exento de inmoralidad el pago puede ser repetido. Así cuando ha hecho un pago para que otro se abstenga de cometer adulterio u otro delito (ejemplo de Vélez en la nota al art. 795), procede la repetición aunque el *accipiens* haya cumplido con su promesa, porque lo inmoral reside aquí en percibir un precio para obrar honestamente.

El criterio de nuestro Código es el tradicional en esta materia: la prohibición de alegar la propia torpeza. Sin duda en algunos casos puede dar lugar a que la ausencia de repetición beneficie a una de las partes tan inmoral como la otra, pero es todavía peor que se abra la vía judicial a quien paladinamente se presenta ante el juez para ventilar los ajustes y restituciones de un acto contrario a las normas más elementales. Es preferible evitar ese escándalo, a lo que debe agregarse que la inseguridad que así se crea sobre los negocios inmorales constituye un factor disuasivo nada desdeñable.

1118. PAGO CON CAUSA ILÍCITA: CUÁNDO PROCEDE LA REPETICIÓN.– El pago que tiene causa ilícita es asimilado por el Código al pago sin causa, en cuanto a su tratamiento. Por ello el art. 794, establece que también es un pago sin causa el efectuado en virtud de una obligación, cuya causa fuese contraria a las leyes o al orden público, "a no ser que fuese hecho en ejecución de una convención que debiese procurar a cada una de las partes una ventaja ilícita, en cuyo caso no podrá repetirse". Se advierte sin dificultad que se sigue el mismo criterio sustentado en materia de pago inmoral: sólo procede la repetición a favor del *solvens* inocente de la ilicitud de que está impregnada la obligación.

1119. REPETICIÓN DE IMPUESTOS.– Un caso típico de pago de causa ilícita es el que se presenta cuando el Fisco exige al contribuyente el cobro de un impuesto ilegal o inconstitucional. Amenazado por el apremio de recargos y otras contingencias enojosas y dada la necesidad de postergar la discusión para después del pago –regla *solve et repete* acuñada por el derecho fiscal– el presunto deudor debe hacer el pago reclamado. Pero como un impuesto ilegal o inconstitucional no es una causa lícita de obligación, el contribuyente puede demandar al Fisco la repetición de lo pagado en base a lo dispuesto en los arts. 792 y 794, ya analizados.

1120. QUID DE LA PROTESTA EN EL PAGO DE IMPUESTOS.– Una antigua e invariable jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha subordinado la procedencia de la repetición de impuestos, tachados de inconstitucionales o ilegales, a la protesta previa. Los argumentos de la Corte se basan en que el régimen del Código Civil es extraño a la relación entre el Fisco y el contribuyente, regida por el derecho público, y en que estando comprometida la subsistencia del Estado, ha de entenderse que el contribuyente que no formula protesta en el momento del pago del impuesto, lo consiente. Si no quiere consentirlo ha de formular la protesta del caso y explicar los motivos de la impugnación para que la autoridad administrativa adopte las previsiones y haga las reservas necesarias para mantener la estabilidad financiera del Estado.

La tesis jurisprudencial carece de base sólida. Por lo pronto los arts. 792 y 794 contienen un principio que aunque enunciado en el Código Civil es de derecho universal: la obligación debe tener una causa lícita, lo cual vale también para el Estado considerado como persona pública. Tampoco es convincente la presunción de consentimiento que se induce de la falta de protesta: el silencio del contribuyente no puede subsanar el vicio de un impuesto inconstitucional o ilegal.

Las razones de orden práctico que se relacionan con la estabilidad financiera del Estado podrán servir de base para estructurar en el futuro un régimen orgánico en cuanto a la repetición de impuestos cuya creación no puede hacerse por vía jurisprudencial.

Cabe por ello concluir que esta exigencia jurisprudencial no tiene justificativo.

Por excepción la protesta previa no se requiere: a) si el impuesto ha sido cobrado en virtud de ejecución fiscal, que excluye por cierto toda idea de pago espontáneo; b) cuando el pago se ha efectuado por error; c) cuando se trata de impuestos sujetos al régimen de la ley 11.683, que no

condiciona la demanda de repetición a la protesta previa, sino al cumplimiento de otros recaudos, especialmente la previa reclamación administrativa.

1121. EFECTOS DEL PAGO SIN CAUSA.– Verificada la ausencia de causa para el pago, o cualquiera de las otras situaciones que se asimilan a un pago sin causa, se impone la restitución al pagador. El *accipiens* resulta ser un simple poseedor de los bienes pagados, de buena o mala fe, que debe devolverlos conforme a los arts. 2422 y siguientes, a los que también se remiten los arts. 786 a 789. Es aplicable aquí lo expuesto en los números 1106 y siguientes.

1122. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.– A diferencia de lo que ocurre con la acción de repetición del pago realizado por error (ver *supra*, nº 1112), la acción de repetición de un pago sin causa, es una acción personal que no tiene un término especial de prescripción. En consecuencia se extingue de acuerdo con el régimen general, en el plazo de diez años que fija el art. 4023.

§ 3. Pago obtenido por medios ilícitos

1123. PAGO OBTENIDO POR MEDIOS ILÍCITOS.– Según el art. 792 el pago "obtenido por medios ilícitos, puede ser repetido, haya sido o no hecho por error". La fuente del artículo, que es la obra de Aubry y Rau, no aclara el sentido de la fórmula legal sino por vía de ejemplo: se trataría de "un acreedor aún legítimo, que con ayuda de dolo o violencia, se hubiera hecho pagar por un tercero que no fuera deudor".

Verificado el empleo del dolo o de la violencia por parte del acreedor sobrevienen dos consecuencias.

a) En primer lugar funciona la nulidad del pago, con todas las consecuencias antes estudiadas (ver *supra*, núms 1106 y sigs.) si el *solvens* es un tercero, o cuando se hubiese pagado algo distinto de lo debido. En cambio si el pago hubiese sido hecho por el deudor, y hubiese identidad entre lo pagado y lo debido, funcionaría la compensación que obstaría a la repetición del pago, según lo hemos explicado antes (ver *supra*, nº 1006).

b) En segundo lugar el dolo o la violencia configuran un delito civil, que hace nacer la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que sufra el *solvens*, con independencia de la suerte que corra la obligación de restituir derivada de la nulidad del pago.

1124. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.– Si lo que se demanda es la nulidad del pago la acción prescribe en el término de dos años, que resulta del art. 4030. Si se acciona por indemnización de los daños y perjuicios derivados del hecho ilícito, el término de prescripción es ahora también de dos años, pero en virtud del art. 4037, reformado por la ley 17.711 que se aplica en el campo de la responsabilidad extracontractual.

§ 4. Obligaciones y liberaciones putativas

1125. OBLIGACIONES PUTATIVAS.– Se trata de obligaciones que se fundan sólo en la creencia del deudor. Son obligaciones inexistentes que no dan derecho alguno al supuesto acreedor, ni tampoco imponen ningún deber al presunto deudor. El Código les hace extensivo lo dispuesto en el Capítulo VIII del título del pago que venimos analizando, y establece en el art. 796, que cuando se da este caso, el supuesto acreedor debe restituir al deudor el instrumento de crédito que éste hubiese firmado "y darle liberación por otro instrumento de la misma naturaleza".

1126. LIBERACIÓN PUTATIVA.– Una situación análoga se presenta cuando un efectivo acreedor exonera a su deudor, por creer falsamente que ha recibido el pago. Según lo dispone el art. 797, el deudor que compartiendo el error del acreedor acepta su liberación "queda obligado a reconocerlo nuevamente como a su acreedor por la misma deuda, con las mismas garantías, y por instrumento de igual naturaleza". En verdad se está en presencia de una liberación que se anula por el vicio de error que la afecta. Si el deudor no se conforma con la conducta prescripta, el art. 798, autoriza redundantemente al acreedor a formular el pertinente reclamo judicial.

XII. PAGO POR CESION DE BIENES

1127. NOCIÓN.– Esta forma de pago puede tener lugar cuando el deudor a causa de su insolvencia es declarado en estado de concurso civil, o de quiebra si es comerciante.

Partiéndose de la base de la insolvencia inicial del deudor, claro está que el producido de sus bienes no alcanzará para satisfacer a todos sus acreedores. Con anterioridad a la ley 11.077, la situación del concursado civilmente era en extremo penosa, porque los acreedores quedaban después del concurso con considerables saldos impagos a su favor, que podían exigir después y el deudor resultaba trabado indefinidamente en sus perspectivas de trabajo lo que aparte de crearle una situación dolorosa, le quitaba todo aliciente para intentar una mejora de su situación. Por ello el legislador arbitró un procedimiento más benévolo que le permite al deudor de buena fe, quedar liberado al cabo de cierto tiempo si hacía cesión de sus bienes presentes, a los acreedores.

Esta forma de pago fue incorporada como una modalidad del acuerdo preventivo (art. 42) y resolutorio (art. 224) en el concurso por la ley 19.551 (arts. 76/83). Sus normas específicas estaban destinadas únicamente a un tipo de acuerdo propuesto a los acreedores por la cesión global, parcial o total de sus bienes a todos los acreedores.

1128. LEY 19.551. CASOS DE APLICACIÓN.– Son varias las situaciones que podían presentarse con respecto a un deudor concursado y que era desapoderado de sus bienes para dar satisfacción total o parcial a los acreedores cuyos créditos habían sido verificados en el juicio universal de concurso. Luego de cubierto el interés de esos acreedores en la medida dispuesta por la ley, el deudor era rehabilitado procediendo el levantamiento de la inhibición y el otorgamiento de la carta de pago, con arreglo a las disposiciones aplicables en los distintos supuestos.

1129. PROPUESTA DE ACUERDO Y CANCELACIÓN DE DEUDAS.– En la ley 19.551 el acuerdo preventivo tenía un contenido amplio que no se limitaba a la quita, espera o ambas, admitiendo otras propuestas que contando con la aprobación de las mayorías necesarias de capital y personas (arts. 52, 54, 55, 56 y 57) resulten homologadas (arts. 61/63).

En caso de acuerdo resolutorio aplicable a la quiebra (art. 222) la ley remitía a las normas del acuerdo preventivo citadas en el párrafo anterior.

La propuesta de acuerdo debía contener cláusulas iguales para los acreedores quirografarios y no podía consistir en una prestación que dependiera de la voluntad del deudor (art. 44).

Si consistía en una quita combinada con otra modalidad el pago de los créditos quirografarios no podía ser menor al 40% de su valor.

1130. LA REHABILITACIÓN DEL FALLIDO Y LIBERACIÓN DE LOS SALDOS ADEUDADOS. PARTICULARIDAD.– La rehabilitación del fallido estaba ligada a la clase de la calificación de la conducta y al tiempo transcurrido desde la declaración de quiebra según la calificación haya sido de culpable o de fraudulenta.

La rehabilitación por el cese de los efectos personales de la quiebra y de la calificación de la conducta, liberaban al fallido de "los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiriera después de la rehabilitación" (art. 253).

1131. DEROGACIÓN DEL INSTITUTO DEL PAGO POR CESIÓN DE BIENES EN LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS.– La ley 24.522 suprimió la regulación particular del pago por cesión de bienes que establecía la derogada ley 19.551.

Enuncia las propuestas admisibles (art. 43) sin mencionar el pago por cesión de bienes, lo que no impide que éste pueda ser objeto de la propuesta de acuerdo porque se alude a "cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría...".

El antecedente del instituto de la ley 19.551 resultaba útil para que el deudor hiciera este tipo de propuesta a los acreedores, incorporando los datos que le facilitan las normas de la ley mencionada para una más clara y mejor exposición de la propuesta.

1132-1133. NUEVO RÉGIMEN DE LA LEY 24.522.– La nueva ley concursal (publicada el 9/VIII/95 en el Boletín Oficial) suprime la calificación de la conducta en la quiebra.

Establece para el fallido la inhabilitación que le impide ejercer el comercio, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones para mencionar algunos efectos jurídicos de este estado (art. 238).

La rehabilitación supone otro medio extintivo ya que el deudor se libera de los saldos pendientes de las obligaciones que tenía al momento del concurso y, a partir de allí, los bienes que adquiera no quedan sujetos a desapoderamiento y los adquiere para sí, sin responder por las deudas que tuvieran causa anterior a la apertura del concurso.

La rehabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, se produce

de pleno derecho después de transcurrido el año de la fecha de la sentencia de quiebra o de la fecha de inicio de la cesación de pagos (art. 236).

Este plazo puede reducirse o prorrogarse en los supuestos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 236.

Los efectos del levantamiento de la inhabilitación son los mismos que estaban determinados en la ley 19.551 (art. 107, ley 24.522).

XIII. PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

1134. BENEFICIO DE COMPETENCIA. CONCEPTO.– Consiste en un favor legal que se concede a ciertos deudores, en virtud del cual están autorizados a pagar lo que buenamente puedan, dejándoles lo indispensable para una modesta subsistencia, con cargo de devolución si mejoraran de fortuna (art. 799).

1135. FUNDAMENTO.– Esta institución de origen romano se funda en razones de humanidad; detiene el rigor de la exigencia de los acreedores si el deudor pudiera por ello quedar en la miseria.

Si la limitación ha sido muy justificada en otros tiempos, cuando no estaban delimitados los poderes del acreedor, en la actualidad no parece necesaria. La inembargabilidad de los bienes muebles indispensables, la del bien de familia y otros (ver *supra*, nº 331), protegen suficientemente al deudor, lo que explica que el beneficio de competencia haya desaparecido de todas las legislaciones contemporáneas.

Por otra parte, quienes gozan del beneficio de competencia son, en general, los parientes con derecho alimentario. No tiene sentido limitar las facultades del acreedor. Es más simple permitir al acreedor el ejercicio de sus derechos aun contra el pariente, que siempre, si lo necesita, podrá solicitarle alimentos, independientemente de las relaciones creditorias que liguen a las partes.

1136. CASOS EN QUE FUNCIONA EL BENEFICIO.– Según el art. 800, el acreedor está obligado a conceder el beneficio:

1º) A sus descendientes o ascendientes, no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causales de desheredación.

2º) A su cónyuge no estando divorciado por su culpa.

3º) A sus hermanos, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes.

4º) A sus consocios en el mismo caso; pero sólo con respecto a las acciones recíprocas que nacen del contrato de sociedad. La disposición concuerda con el art. 1733 y es el único caso en que se concede el beneficio de competencia a quien no tiene derecho de alimentos frente al acreedor.

5º) Al donante, pero sólo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida. Es el caso más justificado y aun correspondería extenderlo a cualquier deuda del donante con el donatario.

6º) Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes, y es perseguido en los que después ha adquirido, para el pago completo de la deuda anterior a la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores en cuyo favor se hizo la cesión. Este precepto quedó tácitamente derogado por la ley 11.077 derogación mantenida por la ley 19.551 y la 24.522.

La enumeración legal es taxativa. Tratándose de un beneficio excepcional, su interpretación ha de ser estricta.

1137. EFECTOS DEL BENEFICIO.– Opuesto el beneficio de competencia, que no funciona sino por la instancia del deudor, se produce una división del crédito, quedando el acreedor limitado a cobrar sólo la parte que el deudor buenamente pueda pagar (art. 799). A falta de acuerdo el juez determina la cuantía que el deudor debe satisfacer.

El resto impago de la deuda no se extingue ni tampoco se transforma en una obligación natural. Este saldo se rige por las reglas relativas a la cláusula de pago a mejor fortuna, que aquí impone el legislador (ver *supra*, nº 1030).

113

CAPÍTULO VIII

CONVENCIONES LIBERATORIAS

I. DACION EN PAGO

1138. CONCEPTO.– La dación en pago tiene lugar "cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar" (art. 779). Aunque el acreedor no está obligado a recibir una cosa distinta de la debida nada impide que por acuerdo de las partes se admita la extinción de la obligación sustituyendo el pago del objeto debido por otro diferente.

1139. CONCEPTO DOCTRINARIO.– De acuerdo a lo expresado, para la ley sólo hay dación en pago cuando se sustituye, *en el acto del pago*, la prestación debida por otra que *no sea dinero*. El concepto doctrinario es más amplio y abarca *toda sustitución* del objeto debido, en el momento del pago, con tal que sea *consentida* por las partes y sin que importe que el objeto del pago sea o no pecuniario. Así hay dación en pago cuando se satisface una suma de dinero, en reemplazo de la cosa debida, o del hecho a que se había obligado el deudor.

1140. TERMINOLOGÍA.– El Código Civil denomina a esta figura "pago por entrega de bienes". El Derecho Romano la denominaba *datio in solutum*. Corrientemente los autores designan a esta convención sustitutiva del objeto del pago por la expresión "dación en pago" que es la que corresponde.

1141. DIFERENCIA CON EL PAGO Y LA NOVACIÓN.– La *dación en pago* no se confunde con el *pago* propiamente dicho ni con la *novación*.

a) Con el *pago* la diferencia es notoria: mientras el pago consiste en el cumplimiento específico de la obligación, es decir la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido. Es, entonces, la satisfacción del interés del acreedor por intermedio de un bien distinto del objeto debido.

b) Mientras la *novación* consiste en la sustitución de una obligación por otra, la dación en pago consiste en la sustitución del objeto del pago por otro distinto del que fuera debido. La novación deja pendiente una nueva obligación que se ha constituido en reemplazo de la primitiva, mientras la dación en pago extingue la obligación primitiva sin que subsista alguna otra deuda en su reemplazo.

1142. NATURALEZA.– Acerca de este tópico existen dos posiciones doctrinarias diferentes.

a) Para la posición tradicional la dación en pago sería una *variedad de pago:* el acreedor acepta recibir en calidad de pago un objeto distinto del debido. Es un enfoque que describe lo que ocurre pero no penetra en su esencia.

b) Para la opinión doctrinaria predominante la dación en pago es un *acto extintivo complejo* que encierra una novación de la primitiva obligación seguida sin solución de continuidad del pago de la obligación sustitutiva de la primera. Hay pues bajo el análisis racional dos actos que se han fundido en uno solo, a saber: la *novación* de la primitiva obligación y el *pago* de la obligación sustitutiva de aquélla.

La aceptación de este último punto de vista que es el que se considera apropiado, sirve para explicar por qué cuando el acreedor sufre la reivindicación por parte de un tercero, de la cosa dada en pago, sin embargo no resucita la primitiva obligación, como tendría que ocurrir si se tratara simplemente de una variedad de pago que producida la evicción no desinteresaría al acreedor. En cambio éste no puede aducir el título primitivo, sino simplemente la garantía de evicción inherente a la entrega de la cosa por el deudor.

1143. REQUISITOS.– Para que quede configurada la dación en pago deben reunirse los siguientes requisitos:

1) Que exista una *primitiva obligación válida*, en defecto de lo cual la dación en pago constituiría un enriquecimiento sin causa para el acreedor, que no tendría título para recibirla.

2) *Entrega actual* de una cosa *distinta* de la debida, lo que hace al carácter real de la dación en pago. Si no existiera tal entrega no habría dación en pago sino a lo sumo novación de la primitiva obligación que resultaría sustituida por la nueva.

3) *Consentimiento* de las partes para cancelar la primitiva obligación con el objeto dado en pago. Sin ese acuerdo de voluntades no podría imponerse al acreedor la recepción de un objeto distinto del debido, ni él podría compeler al deudor a que se lo entregara.

4) *Animus solvendi* o intención de cancelar por ese medio la obligación primitiva. Si la entrega se hiciera por otro concepto no habría dación en pago.

5) *Capacidad* del acreedor y del deudor para consentir en la dación en pago. Se trata de un acto de disposición que requiere plena capacidad de las partes para que sea válido (conf. art. 1040).

6) El Código exige que la cosa dada en pago *no sea dinero*. Es un requisito criticado por los autores, ya que no se justifica excluir de esta figura la entrega de una suma de dinero efectuada con la intención de solventar una obligación referente a un objeto distinto. Tampoco es convincente la posición de Galli, quien en defensa del criterio restrictivo del codificador sostiene que la entrega de dinero en lugar del objeto debido, no sería una dación en pago sino más bien una liquidación convencional de la falta de cumplimiento de la prestación, lo que aproximaría la situación a la previsión del art. 505, inc. 3º del Código Civil. Sin embargo, cabe replicar que no es necesario que haya incumplimiento del deudor para que tenga lugar una dación en pago mediante la entrega de una suma de dinero, observación que muestra la debilidad de la concepción de Galli.

1144. CARÁCTER REAL DE LA DACIÓN EN PAGO.– Ya Pothier señalaba esta característica, advirtiendo que mientras la compraventa es un contrato consensual, porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, en cambio la dación en pago es un contrato real que sólo obtiene la plenitud de su eficacia por el efectivo cumplimiento.

Esto significa que no sería dación en pago el convenio de sustitución del objeto debido que no fuera cumplido inmediatamente.

1145. PRUEBA.– La dación en pago plantea algunas cuestiones referentes a la *prueba*. Por lo pronto, como ella, por el carácter real que tiene se traduce en un efectivo pago, la realización del acto respectivo tiene que acreditarse por el deudor que pretende su liberación. A este respecto son aplicables los principios que hemos estudiado, *supra*, números 1071 y siguientes.

En cuanto al *consentimiento* del acreedor no ha menester prueba pues resulta de la aceptación del pago, por parte del acreedor, efectuada sin salvedad alguna. Empero, si el acreedor intenta desvirtuar el sentido cancelatorio del acto cumplido, a él le toca probar cuál era la *causa distinta* del crédito que pudo justificar la satisfacción de la prestación cumplida por el deudor. Y producida esa prueba quedará aclarado que no mediaba una dación en pago que hubiese podido liberar al deudor de su deuda primitiva.

También resultará excluida la eficacia de la titulada dación en pago, si el deudor o el acreedor probasen el *error*, incurrido al pagar, o recibir en pago, algo no debido (*supra*, núms. 1100 y sigs.).

1146. EFECTOS.– Los efectos de la dación en pago se relacionan con la complejidad propia de este acto extintivo de obligación. Por un lado no se duda que es un efectivo pago de la obligación novada por el consentimiento de las partes que lógicamente ha antecedido a la dación en pago, y por tanto sobrevienen luego de practicada esa dación, las consecuencias normales de cualquier pago que se refieren a la extinción de la obligación y consiguiente liberación del deudor con la posibilidad que éste tiene de obtener el recibo que patentice su liberación y la cancelación de las garantías que hubiera concedido.

Pero fuera de ello, la dación en pago con respecto a la primitiva obligación suscita la cuestión de saber en qué queda la extinción de ella cuando el acreedor resulta despojado por un tercero de aquella cosa que se le hubiera dado en pago. Para resolver esta cuestión el Código sienta dos reglas en los arts. 780 y 781.

Según el primero de ellos "si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos". Consiguientemente si un tercero resultase el efectivo acreedor del crédito dado en pago por el deudor primitivo sería éste responsable por

la garantía de evicción que asegura al cesionario la existencia y legitimidad del crédito cedido aunque no la solvencia del deudor cedido (conf. art. 1476). En cuanto a la forma de la dación en pago tendría que llenarse la forma escrita requerida por el art. 1454.

Diversamente "si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa" (art. 781). Pero no es indispensable que ese precio sea indicado expresamente en el acto de la dación en pago, pues igualmente se aplicaría el precepto si se pudiera determinar por cualquier medio el monto del crédito que se quiso cancelar con la dación en pago.

1147. EVICCIÓN DE LO DADO EN PAGO: CONSECUENCIAS.– A este respecto dice el art. 783: "si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva". Esta es una consecuencia de lo dispuesto por el art. 781: si la dación en pago se asimila a un compraventa la evicción que pueda sufrir el acreedor por parte de un tercero tenía que originar el funcionamiento de la garantía que el vendedor debe a favor del comprador sobre la existencia y legitimidad del derecho de dominio que él había transmitido. Eso es lo que determina este art. 783 sin que corresponda hacer revivir la obligación primitiva que quedó definitivamente extinguida mediante la novación que llevaba implícita la dación en pago. Sólo puede pensarse en la resurrección de la obligación primitiva si la dación en pago fuera inválida, supuesto ajeno al contemplado en el art. 783.

1148. EVICCIÓN Y GARANTÍAS ORIGINARIAS.– Como hemos visto (*supra*, nº 1146) la dación en pago cancela las garantías que tuviese la obligación primitiva. Ahora bien, esa cancelación es *definitiva* aunque sobrevenga la evicción de la cosa dada en pago y, por ello, quede en descubierto el acreedor que resulta insatisfecho. Es una clara consecuencia del efecto novatorio que es inherente a la dación en pago.

II. NOVACION

1149. CONCEPTO.– La novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primera. Dice el art. 801: "*La novación es la transformación de una obligación en otra*".

Empero ese concepto no es completo porque si bien en toda novación hay transformación, a la inversa no toda transformación implica novación. Hay, pues, que indicar qué índole de transformación es la que causa la novación de una obligación. Para ello a la idea de *transformación* hay que agregarle las de *extinción* y de *creación sustitutiva*.

La *transformación* es el cambio de forma, entendiendo por forma, en sentido filosófico, aquello que determina específicamente a una cosa en lo que es, distinguiéndola de otras cosas. Una obligación se transforma, en este sentido, cuando se transmuta en otra obligación que no se confunde con la primera. Pero no es posible llegar a este resultado sin advertir que se ha producido la *extinción* de la obligación primitiva, así como la *creación*, en *sustitución* de ella, de una nueva obligación. Es que, como en el mito clásico, el ave fénix renace de sus cenizas: una nueva obligación ha surgido de la muerte fecunda de la obligación originaria.

En suma, la *novación* es un modo de extinción de una obligación que se realiza mediante la creación de una nueva obligación sustitutiva de aquélla.

1150. Evolución histórica y legislación comparada.– En nuestro tiempo la novación ha perdido por completo la importancia que tenía antiguamente. En Roma tuvo gran trascendencia esta figura porque constituyó el modo por el cual se concretaba la cesión de las obligaciones por el cambio del acreedor o del deudor. Pero aceptada esa posible transmisión por los códigos modernos la novación tenía que declinar. Así ha ocurrido que la ignore el Código alemán, que sólo se ocupa de la asunción de deuda, privativa o acumulativa. En otros códigos posteriores la radiación de la novación no ha sido tan completa como se lo advierte en los códigos mexicano, brasileño, peruano, venezolano e italiano. Pero la declinación del instituto es notoria. Así se explica que tanto el Proyecto argentino de 1936 como el Anteproyecto de 1954 sólo le hayan dedicado dos y tres artículos, respectivamente.

1151. Especies.– Hay dos especies de novación:

a) La novación *objetiva* es la que resulta de un cambio en el *objeto* debido o en la *causa* de la obligación primitiva. Hay cambio de objeto cuando las partes deciden sustituir la prestación que habrá de satisfacer el deudor por otra distinta y hay cambio de causa cuando las partes deciden innovar en el título originario de la obligación: así por ejemplo si el mandante que es acreedor del mandatario con respecto a lo que éste hubiese recibido de un tercero en ejecución del mandato, conviene dejar en depósito los bienes recibidos. La causa de la nueva obligación ya no será el mandato sino el depósito y el antiguo mandatario resultará un depositario con obligación de restituir la cosa a su dueño.

b) La novación *subjetiva* es la que proviene de un cambio en la *persona* del acreedor o del deudor, que produce la extinción de la obligación primitiva.

1152. Elementos.– Para que la novación quede configurada y se siga el efecto extintivo propio de ella es necesario que se reúnan los siguientes elementos: a) existencia de obligación anterior; b) creación de una obligación nueva; c) voluntad de sustituir una obligación por la otra. Por otra parte para que la novación sea válida las partes tienen que actuar con capacidad que se suele mencionar como un elemento de la novación aun cuando es dable pensar que es un requisito de validez de esa convención liberatoria.

a) *Existencia de una obligación anterior:* nada puede extinguirse si no ha comenzado por existir. Por tanto para que pueda funcionar la novación es indispensable que exista una obligación previa. El Código Civil es terminante: "la novación supone una obligación anterior que le sirve de causa" (art. 802, 1ª parte).

La obligación primitiva ha de ser válida. "Si la obligación anterior fuese nula o se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación" (art. 802, 2ª parte).

Empero puede ocurrir que la primitiva obligación aun siendo nula resultase confirmada por el acto mismo de la novación. Ello se presenta con respecto a las obligaciones que sólo adolecen de nulidad relativa, pues siendo ellas confirmables, nada se opone a que puedan quedar confirmadas por el mismo acto de la novación, si para entonces ha desaparecido la causa que determinaba la primitiva nulidad (conf. art. 1060). Por ejemplo puede ser novada la obligación contraída por un menor de edad si el acto de la novación se efectúa luego de haber llegado el incapaz a los 21 años.

También pueden ser novadas las obligaciones naturales puesto que son verdaderas obligaciones aunque no tengan la plenitud de los efectos de la obligaciones civiles. Sin embargo no cabe la novación de las deudas de juego porque lo prohíbe el Código en el art. 2057.

115

Finalmente, si la primitiva obligación dependiese de una condición suspensiva y fracasare la condición no valdrá la novación que se hubiese efectuado de la obligación condicional convirtiéndola en otra obligación (conf. art. 808). Porque el fracaso de la condición suspensiva hace que la primitiva obligación se tenga como no sucedida y consiguientemente falta el soporte para que pueda subsistir la segunda obligación. Empero se conceptúa que la novación sería eficaz si las partes hubiesen convenido expresamente que el fracaso de la condición no afectaría la subsistencia de la nueva obligación.

b) *Creación de una obligación nueva*: para que funcione la novación es necesario que sea creada una obligación nueva. Así pues si por cualquier motivo la segunda obligación no llegara a constituirse no habría novación y la primitiva obligación seguiría subsistiendo. Es que la extinción de esa obligación anterior está subordinada a la creación de la obligación nueva.

De lo expuesto se sigue que cuando la segunda obligación es nula no hay novación por ausencia del requisito ahora contemplado. Sin embargo si se tratara de una nulidad relativa podría haber novación luego de confirmada la obligación nula ya que la confirmación remonta sus efectos a la fecha del acto confirmado (conf. art. 1065). Por tanto la segunda obligación quedaría convalidada desde su mismo origen.

La segunda obligación puede quedar subordinada a una condición suspensiva. En tal caso "cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera" (art. 807).

c) *Voluntad de sustituir una obligación por otra*: es indispensable para que actúe la novación que exista intención de sustituir una obligación por otra o *animus novandi*. A falta de esa intención no quedará extinguida la primitiva obligación, sino se habrá acumulado a ella una segunda obligación que habrá hecho nacer un nuevo vínculo jurídico entre las partes sin desaparición del primero.

La intención de novar ha de ser indudable. En caso de duda ha de concluirse que no hay novación. Así surge del art. 812: "La novación no se presume. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva".

La prueba de la existencia de ese *animus novandi* puede ser efectuada por aquel a quien le interesa establecer el efecto extintivo que alega, por cualquier medio, incluso las presunciones.

1153. CAPACIDAD.– Siendo la novación una acto jurídico es necesario que las partes intervinientes actúen con capacidad (art. 1040), lo que redundantemente requiere el art. 805 que establece que "sólo pueden hacer novación en las obligaciones, los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar.

1154. PERSONERÍA DE REPRESENTANTES.– Cuando la novación es efectuada por cuenta ajena, quien la consiente, sea representante legal o voluntario, debe estar munido de poder especial para ese objeto (conf. arts. 806 y 1881, inc. 2º).

Aunque el art. 806 sólo se refiere al representante del acreedor es indudable que tal exigencia rige también para el representante del deudor; en ambos casos la novación implica un acto de disposición que le está vedado a quien ostenta un mandato general que sólo habilita para realizar actos de administración (art. 1880).

Por igual razón no cabe distinguir entre obligaciones anteriores y posteriores al mandato; el mandatario necesita poder especial para novar créditos o deudas de su mandante de cualquier fecha. Si el art. 1881 sólo exige poder especial para novar obligaciones anteriores al mandato es porque ha parecido innecesaria la especificación con respecto a las posteriores.

1155. PRUEBA.– La *prueba* de la novación incumbe a quien alega la extinción de la obligación primitiva y consiguiente creación de la nueva, sea el acreedor o el deudor y consiste en demostrar que concurren los elementos de la novación ya analizados.

Los *medios de prueba* eficientes para rendir esa demostración son los propios de los contratos.

1156. DIFERENCIA CON EL RECONOCIMIENTO, LA CONFIRMACIÓN Y LA RENUNCIA.– La novación se distingue nítidamente del reconocimiento, de la confirmación y de la renuncia, aun cuando tenga alguna afinidad con esas figuras.

a) El reconocimiento de la obligación sirve de medio de prueba de ella, pero no introduce variante alguna en la existencia de la obligación reconocida. En cambio la novación, que implica también reconocimiento de la primitiva obligación, la extingue.

b) La confirmación es un acto jurídico que expurga a otro acto jurídico anterior del vicio que lo invalidaba. En cambio la novación, que implica también confirmación de la obligación preexistente, es más intensa en sus efectos, porque al propio tiempo que reconoce la validez de la primitiva obligación la extingue.

c) La renuncia consiste en el desprendimiento de un derecho propio que realiza el acreedor, que sin embargo retiene su carácter de tal. En cambio en la novación hay también un desprendimiento del carácter de acreedor con respecto a la primitiva obligación; pero esa dejación está subordinada a la creación de la segunda obligación, que viene a sustituir a la primera. No hay, por tanto, confusión posible.

1157. NOVACIÓN OBJETIVA: CONCEPTO.– Según se ha dicho la novación es objetiva cuando ocurre una innovación en la prestación debida o en la causa de deber. Por ejemplo, si se sustituye una obligación de hacer un edificio que ha contraído un constructor, por una obligación de dar una suma de dinero al comitente (cambio de objeto), cuando se modifica el título de la obligación de entregar una suma de dinero en concepto de precio que se adeuda, por el préstamo de esa misma suma que le hace el vendedor al comprador (cambio de causa).

1158. PAGO CON DOCUMENTOS.– No hay novación por cambio de causa, si la segunda obligación se constituye para facilitar el cumplimiento de la obligación originaria, sin que se modifique la causa de la deuda (art. 813).

Así, cuando en la compraventa a plazos, el comprador, según ocurre frecuentemente entrega al vendedor pagarés con vencimientos escalonados, esta entrega sólo se hace para facilitar al acreedor el cobro de la deuda, (por ej., mediante la negociación de los documentos) sin que quepa suponer que las partes han tenido voluntad de novar.

La obligación originaria subsiste para todos los efectos.

1159. MODIFICACIONES QUE NO CAUSAN NOVACIÓN.– Según el Código Civil "las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no

hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero no que la extinguen" (art. 812, última parte).

Por aplicación de este precepto la jurisprudencia ha decidido que no existe novación cuando se prorroga el plazo de la obligación; cuando se efectúa una quita o remisión parcial; cuando se modifica lo pactado con respecto a intereses o garantías, etcétera.

1160. SUPUESTOS CONTROVERTIDOS.– Se ha controvertido si existe novación en los siguientes supuestos:

a) *Proceso judicial*: Antiguamente se pensaba que si la obligación daba lugar a un proceso, la traba de la litis implicaba novación. Tal criterio es actualmente desechado por cuanto aquí sólo existe la traba de una relación procesal que no modifica la relación jurídica sustancial. Lo propio ocurre con la sentencia si es declarativa porque se limita a verificar un derecho que no crea; y si es constitutiva no extingue obligaciones anteriores lo que impide hablar de novación.

b) *Aumento o reducción del alquiler*: Aunque predomina la opinión de que el simple aumento o reducción del alquiler no causa novación, pensamos que no cabe una conclusión categórica: así si la modificación del monto es muy importante y especialmente, si concurren otros cambios podrá llegarse a la conclusión de que existe una verdadera novación.

c) *Transformación de una obligación civil en comercial:* Se discute si la transformación de una obligación civil en una comercial (por ej. si se substituye un reconocimiento de deuda originado en servicios médicos por un pagaré comercial) implica novación. Nosotros pensamos que no existe novación por cuanto sólo se trata de una modificación encaminada a facilitar el pago o el cobro, sin que se altere la causa de deber (conf. art. 813).

1161. CASOS DE NOVACIÓN LEGAL.– En algunos supuestos la ley impone el efecto novatorio prescindiendo de la voluntad de las partes.

Como casos de *novación legal* pueden mencionarse: 1º) la inclusión de valores acreditados en la cuenta corriente mercantil; 2º) la transformación *ministerio legis* de una obligación de dar o hacer, en la de pagar daños y perjuicios; 3º) la transformación de una obligación de cosa incierta no

116

fungible en obligación de cosa cierta después de la elección (ver *supra*, nº 624 b).

1162. NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE ACREEDOR O DEUDOR.– La novación es subjetiva cuando la transformación de la primitiva obligación afecta a los sujetos de ella pudiendo referirse al acreedor o al deudor.

1163. EXPROMISIÓN NOVATORIA; DIFERENCIA CON LA SUBROGACIÓN.– La expromisión es un convenio celebrado por el acreedor con un tercero por el cual éste se compromete a satisfacer la obligación ajena a que dicho convenio se refiere. Empero, hay dos clases de expromisión, la *simple* y la *novatoria* (*supra*, nº 956). La expromisión sólo configura novación cuando el acreedor manifiesta exonerar de su deuda al deudor primitivo, si éste acepta tal exención. Se requieren ambos requisitos: si falta la voluntad del acreedor de eximir de la deuda al deudor primitivo no habrá novación sino subsistencia de ambas obligaciones, la del deudor primitivo y la del nuevo deudor. Y si falta la aceptación del deudor primitivo tampoco habrá novación, porque no se pude imponer una liberalidad a la persona que no quiera recibirla (arg. art. 1792). Empero, aunque la expromisión sea simple y no produzca efecto novatorio, por la disconformidad del deudor primitivo, ello no perjudica al acreedor, que siempre podrá exigir al nuevo deudor el cumplimiento de la obligación y con ese pago quedará extinguida la obligación del deudor primitivo, sin perjuicio del reintegro que podrá ahora pretender el segundo deudor en cuanto su pago le hubiese sido útil a aquél (conf. art. 728).

La expromisión novatoria se diferencia de la subrogación por cuanto habiendo quedado extinguida la obligación del primitivo deudor el pago que realice el segundo deudor no le acuerda derecho para colocarse en el lugar del acreedor, a fin de cobrar lo desembolsado al primitivo deudor, como sí ocurre en la subrogación. Es que en el pago con subrogación hay, naturalmente, existencia de la obligación que se paga y en cambio en la expromisión novatoria ya no hay subsistencia de la primitiva obligación, que ha quedado extinguida por la expromisión novatoria.

Diversamente, la expromisión simple no impide el efecto subrogatorio del pago ulterior que realice el tercero, con tal que no se haya opuesto el deudor a ese pago (conf. art. 768, inc. 3º).

1164. DELEGACIÓN PERFECTA E IMPERFECTA.– La delegación es un convenio que tiene lugar entre el deudor y un tercero, por el cual éste se obliga a satisfacer la deuda del primero.

La delegación puede ser perfecta o imperfecta. Es perfecta cuando cuenta con el consentimiento del acreedor. Es imperfecta si el acreedor no la acepta.

Para que la delegación tenga efecto novatorio se requiere que el acreedor declare expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo (conf. art. 814), pero no es indispensable que la voluntad del acreedor se exprese en términos rituales; basta que la manifestación sea categórica y clara en el sentido de eximir al deudor primitivo de su deuda.

Empero, si la delegación no es aceptada por el acreedor, ello no significa que quede sin efecto entre las partes de ese convenio, a saber el deudor y el tercero. Siempre quedará el delegado obligado a pagar la deuda que tiene el deudor con respecto al acreedor. Y éste no podrá negarse a recibir el pago que le quiera hacer el delegado como tercero interesado, frente a él (arg. art. 729).

1165. QUID DE LA INSOLVENCIA DEL NUEVO DEUDOR.– En cualquier supuesto de novación por cambio de deudor, sea por expromisión o delegación, la insolvencia del nuevo deudor perjudica al acreedor que no puede reclamar nada al deudor primitivo cuya deuda ha quedado extinguida por efecto de la novación.,

Sin embargo la solución es distinta cuando al tiempo de la novación, ya el nuevo deudor fuese insolvente "por hallarse fallido" (art. 816) y el acreedor ignorase esa circunstancia. Entonces, podría el acreedor atenerse a la obligación primitiva y exigir el pago al primer deudor, pues, la novación no tendría valor.

1166. EFECTOS DE LA NOVACIÓN CON RESPECTO A LA OBLIGACIÓN Y A LOS ACCESORIOS.– El efecto extintivo de la novación se proyecta no sólo sobre la obligación, sino sobre sus accesorios. Según el art. 803 "la novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias". Son accesorios de la obligación principal los privilegios inherentes a ella y los intereses que redituare el capital adeudado. De ahí que si al tiempo de la novación el deudor adeudara algún importe en concepto de intereses, esos intereses quedarían cancelados conjuntamente con la obligación. En cuanto a las obligaciones accesorias, como fianzas y cláusulas penales, ocurriría lo mismo.

Sin embargo este principio, que es una consecuencia de la noción de la accesoriedad, no es absoluto. "El acreedor puede por una reserva expresa impedir la extinción de los privilegios o hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva" (art. 803, 2ª parte). Sólo se requiere para dejar a salvo la subsistencia de esos accesorios que la reserva se haga *expresamente* por el acreedor y que ella sea *contemporánea* al acto de la novación: si fuese hecha con posterioridad, la reserva sería ineficaz, porque no podrían resucitar, por la sola voluntad del acreedor, accesorios que ya habían quedado extinguidos por el efecto extintivo de la novación. Por otra parte tal reserva emana de la voluntad unilateral del acreedor, sin que sea necesaria la conformidad del deudor (conf. art. 803, última parte).

La situación cambia cuando los derechos accesorios de la obligación primitiva han sido constituidos sobre bienes pertenencientes a un tercero. En tal caso "el acreedor no puede reservase el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación" (art. 804). Es que el acreedor no puede en esa hipótesis introducir una variante en la obligación mediante la novación sin la conformidad del tercero, que no podría quedar agravado en cuanto a la garantía que él ha suministrado por la incidencia de una voluntad extraña.

1167. FIANZA.– De acuerdo con el art. 811 la novación entre el acreedor y los fiadores extingue la obligación del deudor principal.

Como cualquier expromisión, para que el convenio tenga eficacia novatoria se requiere la aceptación, siquiera tácita del deudor principal.

III. TRANSACCION

1168. CONCEPTO VULGAR Y TÉCNICO.– En un sentido vulgar transacción es cualquier convenio, concierto o pacto entre dos personas, por ejemplo una transacción inmobiliaria que alude a la negociación referente a un inmueble, o las transacciones mercantiles que se realizan en las bolsas de comercio.

No es con ese significado que se emplea esta expresión en el lenguaje del derecho. En un sentido *técnico* la transacción es un convenio específico, que se define por la *finalidad* que tiene y por los *medios* escogidos para alcanzarla: el *fin* es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o

relación jurídica pendiente; los *medios* son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado, por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamientos.

A esta comprensión técnica se atiene el art. 832: La *transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.*

1169. METODOLOGÍA Y TÉCNICA LEGISLATIVA.– El Código Civil reglamenta la transacción en la parte segunda de la Sección Primera del Libro Segundo, es decir que la ubica dentro de la teoría general de la obligación.

La metodología del Código es objetable por cuanto siendo la transacción un medio extintivo no sólo de obligaciones sino de derechos en general, su sector propio es la parte general.

En cuanto a la *técnica legislativa* se ha observado que el Código dedica a la transacción un número excesivo de artículos, que en buena parte son reiterativos de normas propias de los actos jurídicos en general, y que por ello hubieran podido eliminarse sin inconveniente.

1170. REQUISITOS.– Para que la transacción quede configurada es necesario que concurran los tres requisitos siguientes:

a) Un *acuerdo* de las partes efectuado con la *intención de extinguir* las obligaciones sobre las cuales recae el consentimiento de los contratantes. Como es lógico, tal consentimiento debe concurrir sobre todos los puntos contemplados por los contratantes: no habría transacción, por ausencia de este requisito, si no hubiese completo consentimiento por subsistir la conciencia de la divergencia de voluntades, aunque fuera sobre aspectos secundarios del negocio.

b) Que las partes se hagan *concesiones recíprocas*. La transacción se basa en un *intercambio de sacrificios*: si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción. Mientras exista una reciprocidad de sacrificios, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad: la ley no exige que haya paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición.

c) El acuerdo debe recaer sobre obligaciones *litigiosas o dudosas*. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta, o a poner fuera de discusión, una situación determinada eliminando la *incerteza* de la relación. Esa incertidumbre puede ser *objetiva o subjetiva*; la primera corresponde a las obligaciones *litigiosas* que son las que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones *dudosas*, es decir, las que las partes sinceramente han estimado tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado.

1171. NATURALEZA JURÍDICA.– Sobre esta cuestión se han formulado dos opiniones principales:

a) Para una primera tendencia la transacción es una *convención liberatoria*, pero *no un contrato*, ya que reserva este concepto para los acuerdos creadores de obligaciones.

b) Para otra tendencia, que es más conforme con la comprensión de nuestro Código, la transacción *es un contrato*, porque se adapta exactamente a la definición del art. 1137 del Código Civil. En efecto, por contrato, según la opinión de Savigny, que recoge nuestro codificador, ha de entenderse el acto jurídico bilateral de contenido obligacional; no se requiere exclusivamente que origine obligaciones; puede también modificar las obligaciones existentes o extinguirlas. La transacción es un contrato extintivo de obligaciones.

El art. 833 dice en este sentido que son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos con las excepciones y modificaciones contenidas en este título.

1172. CARACTERES.– 1º) Es un *contrato bilateral*, puesto que impone a cada una de las partes alguna prestación consistente en el sacrificio de la pretensión mayor a que ellas creían tener derecho. De ahí se sigue que: a) si se hace por instrumento privado, éste debe ser otorgado en doble ejemplar; b) le son aplicables a la transacción los arts. 1201 y 1204 del Código Civil.

2º) Es un contrato a *título oneroso*, ya que cada parte sólo obtiene el reconocimiento del derecho que le queda asegurado en razón del sacrificio que ella a su vez ha efectuado de la pretensión mayor (conf. art. 1139).

3º) La transacción es un contrato *consensual* porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes independientemente de la entrega de las cosas a que ella se refiera (conf. arts. 1140 y 1141). Empero, en algunos casos, el consentimiento para ser válidamente prestado debe manifestarse bajo la forma expresamente determinada por la ley (véase nº 1174).

4º) Es un acto *indivisible*. Es una característica típica de los contratos que hace que la nulidad parcial no juegue, en principio, respecto de ellos: si fuese nula cualquiera de las cláusulas de la transacción ello haría nulo todo el acto de la transacción (conf. art. 834).

5º) Es de *interpretación restrictiva* (conf. art. 835). Por tanto cualquier duda sobre los derechos comprendidos en la transacción o sobre el sacrificio de las concesiones efectuadas, debe interpretarse en el sentido de que los derechos o la extensión sobre la cual se duda no están incluidos en la transacción.

6º) Es *declarativa* y no traslativa de derechos (véase *infra*, nº 1178).

1173. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.– La transacción tiene algunos puntos de contacto con otras figuras, que no obstante presentan diferencias tan nítidas que no hay confusión posible con ellas.

a) Tanto la *confirmación* como la *transacción* implican un renunciamiento pero mientras en la confirmación se renuncia a una acción de nulidad relativa, en la transacción se puede renunciar a cualquier derecho renunciable. Por lo demás la confirmación es un acto jurídico *unilateral*, mientras que la transacción es acto jurídico *bilateral*.

b) La *ratificación y la transacción* se asemejan en cuanto son negocios de *fijación* que hacen desaparecer una incertidumbre precedente, pero mientras en la ratificación ese efecto se produce por la sola voluntad del ratificante, en la transacción se requiere el concurso de la voluntad de ambas partes.

c) La mayor afinidad que tiene la transacción es con la *renuncia* de la cual es una especie, pero mientras puede haber renuncias gratuitas la transacción es siempre onerosa. También difiere la *finalidad*: en la transacción se persigue una finalidad de certeza que es ajena a la renuncia en general.

Por último, media entre una y otra una diferencia esencial: la transacción tiene efecto declarativo y no traslativo lo que implica ausencia de

la garantía de evicción (ver *infra*, nº 1178); la renuncia onerosa que consiste en la transmisión de lo que se renuncia lleva aparejada la garantía de evicción.

d) Existe también afinidad entre la transacción y el *desistimiento* este último consiste en el abandono o rectificación de cierta postura mantenida hasta ese momento y se aplica sobre todo al proceso judicial.

Difieren sin embargo en el *contenido* (en la transacción se renuncia a una pretensión o derecho; en el desistimiento se deja una postura precedente) y en el *carácter* que es siempre oneroso para la transacción pudiendo no serlo en el desistimiento.

1174. FORMA Y PRUEBA.– En cuanto a la forma del acto, la validez de las transacciones no está sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas (art. 837). Por excepción deben ser documentadas en escritura pública las transacciones sobre inmuebles (art. 1184, inc. 8º). Es una forma legal no solemne, ya que si las partes prescindieran de esa forma el acto no valdría como transacción, pero sí como contrato en que las partes se han obligado a otorgar la escritura pública de transacción, contrato este último cuyo cumplimiento podría exigirse judicialmente para lograr la formalización de la transacción por intermedio del juez.

La forma de la transacción es solemne cuando ella se refiere a derechos litigiosos, en cuyo caso no se podrá hacer válidamente, sino presentándola al juez de la causa firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella (art. 838). Esto significa que la transacción sobre derechos litigiosos es un acto solemne que carece de todo valor si no se cumple la forma expresamente determinada por la ley consistente en la incorporación del documento, donde consta la transacción, al expediente judicial. Pero no es indispensable que la presentación del documento la hagan todos los firmantes, pues la ley no lo exige: basta que sea acompañada por alguno de los interesados para que el acto adquiera valor para todos los firmantes.

En cuanto al momento de eficacia de la transacción judicial, no es la fecha de presentación del documento donde ella consta, porque ése es un requisito puramente de forma, sino la fecha de dicho documento con respecto a las partes, y la fecha cierta que tenga ese documento con respecto a terceros (conf. arts. 994 y 1035).

Con respecto a la sanción por omisión de la forma legal adecuada, es la nulidad de la transacción. Se trata de un acto nulo (art. 1044) y de nulidad absoluta por estar instituida la formalidad no sólo para asegurar el derecho de las partes, sino para proteger los intereses de los terceros, que dentro del expediente tienen un medio eficaz de publicidad.

En cuanto a la *prueba*, rigen las disposiciones sobre la prueba de los contratos (art. 837). Por tanto las transacciones que versen sobre derechos cuyo valor exceda de $ 10.000 de la vieja moneda deben hacerse por escrito y no pueden ser probadas por testigos (nuevo art. 1193).

1175. CAPACIDAD.– Rigen para la transacción los principios generales referentes a la capacidad de contratar (conf. art. 833). Especialmente no pueden transigir quienes no pueden disponer de los objetos que se abandonan, en todo o en parte, mediante la transacción (art. 840). Es que el que transige enajena y por tanto no es posible que pretenda transigir quien no puede enajenar.

Por aplicación de esos principios carecen de capacidad para transigir los incapaces de hecho mencionados en los arts. 54 y 55. Asimismo carece de capacidad para transigir por su sola voluntad el menor emancipado (art. 841, inc. 7º), lo que significa que para que sea válida la transacción realizada por un menor emancipado o habilitado de edad que se le asimila, ha de concurrir la autorización judicial, a falta de la conformidad del cónyuge que fuere mayor de edad (conf. art. 135). Claro está que la prohibición se refiere a los bienes recibidos a título gratuito, puesto que con respecto a los demás el menor emancipado puede disponer de ellos.

Son incapaces de derecho para transigir, los tutores con los pupilos que se emanciparen en cuanto a las cuentas de la tutela, aunque fuesen autorizados por el juez (art. 841º, inc. 5º y art. 134, inc. 1º). La transacción cumplida en esas condiciones sería nula, aunque de nulidad relativa, porque se instituye para proteger al menor emancipado. Consiguientemente, llegado éste a la mayoría de edad, puede confirmar la transacción.

1176. PERSONERÍA PARA TRANSIGIR POR OTRO.– Para poder transigir por cuenta de otro hay que tener la autorización que permita obrar de esa manera (art. 839). Carecen de personería para hacer transacción con respecto a los derechos ajenos: 1º) los agentes del ministerio público tanto nacionales como provinciales, y los procuradores de las municipalidades (art. 841, inc. 1º); 2º) los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación en todo lo que respecta a las rentas públicas (art. 841, inc. 2º); 3º)

118

los representantes o agentes de personas jurídicas en cuanto a los derechos y obligaciones de esas personas, si para la transacción no fuesen legalmente autorizados (art. 841, inc. 3º); 4º) los albaceas en cuanto a los derechos y obligaciones de la testamentaría sin autorización del juez competente con previa audiencia de los interesados (art. 841, inc. 4º); 5º) los tutores y curadores en cuanto a los derechos de los menores e incapaces si no fuesen autorizados por el juez con audiencia del ministerio de menores (art. 841, inc. 6º); 6º) los representantes que no tengan un poder especial que los habilite para transigir en nombre del representado (arts. 839 y 1881, inc. 3º). Se considera que los padres que son representantes de sus hijos menores de edad no pueden transigir con respecto a los derechos de sus hijos ya que juegan las disposiciones anteriormente recordadas en virtud de lo dispuesto por el art. 1870, inc. 1º.

Las transacciones que fuesen celebradas por representantes carentes de personería para transigir son inoponibles al representado. Empero si éste, con suficiente capacidad para ello, las ratificare, queda suplida la deficiencia de personería y la transacción sería plenamente eficaz (conf. art. 1936).

1177. OBJETO: DERECHOS QUE PUEDEN SER MATERIA DE TRANSACCIÓN; EXCEPCIONES.– En *principio* cualquier derecho que pueda ser objeto de un acto jurídico puede serlo también de una transacción (conf. arts. 833 y 849). Esto significa que la transacción excede el ámbito del derecho de las obligaciones y que igualmente puede versar sobre derechos reales o intelectuales. Por esta razón el Anteproyecto de Código Civil de 1954 ubica a la transacción en la parte general y no en el libro de la obligaciones.

Excepcionalmente, no pueden constituir la materia de una transacción los siguientes derechos:

a) Los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención y los que versan sobre cosas que están fuera del comercio (conf. art. 844).

b) Las acciones criminales para acusar y pedir el castigo de los delitos (art. 842), pero sí cabe la transacción sobre la acción civil por indemnización del daño causado por un delito. Aunque el delito sea de acción privada, como el adulterio, no es válida la transacción respecto de tal acción porque el acto sería contrario a la moral y buenas costumbres (véase nota al art. 842).

c) Las acciones de estado y las relativas al derecho de familia en general (arts. 843 y 845). Empero es válida la transacción sobre la nulidad del matrimonio si es para confirmar la validez del acto (art. 843), debiéndose entender que se alude a una mera nulidad relativa, porque la nulidad absoluta no es confirmable. También es válida la transacción sobre los intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona (art. 846), por ejemplo, si se transige sobre la petición de herencia que entabla un hijo natural del causante siempre que no se afecte el estado de la persona.

d) Los derechos eventuales a una sucesión y los derechos hereditarios respecto de una persona viva (art. 848). Es una norma que reitera el principio general del art. 1175 y que por ello pudo omitirse.

e) El derecho a alimentos futuros que la ley acuerda a ciertos parientes (conf. art. 374). La prohibición de la transacción se refiere a los alimentos futuros, pero podría transigirse con respecto a las cuotas ya devengadas. Asimismo es posible la transacción si los alimentos tienen un origen convencional y no legal.

1178. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN: VINCULATORIO; EXTINTIVO; DECLARATIVO.– Entre los efectos de la transacción hay tres que son comunes a toda especie de transacción : el *vinculatorio*, el *extintivo* y el *declarativo*. A su vez la transacción judicial tiene *autoridad de cosa juzgada*.

a) *Efecto vinculatorio*: Por su carácter contractual la transacción crea para las partes una regla que las obliga como la ley misma (art. 1197); tiene así un efecto vinculatorio que acuerda a cada una de las partes el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra en los términos del art. 505 y sus concordantes.

Ese efecto es relativo a las partes, sus herederos y sucesores universales, siendo inoponible a terceros (arts. 1195, 1199 y 851).

En caso de incumplimiento se aplican las reglas generales en cuanto a la mora, imputabilidad, extensión del resarcimiento, etcétera.

b) *Efecto extintivo*: La transacción es un modo extintivo de las obligaciones (arts. 724, inc. 4º y 832) y como tal extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado (art. 850), así como los accesorios y garantías de la obligación renunciada (art. 852).

En virtud del efecto extintivo de la transacción, no pueden las partes hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto y si lo intentaran serían rechazadas por una excepción de transacción.

El efecto extintivo de la transacción no alcanza a los derechos que las partes adquiriesen ulteriormente sobre la cosa renunciada o transferida (conf. art. 856), lo que es lógico porque se está en presencia de una *causa* o título de adquisición que no resulta afectado por la extinción referente a otro título distinto.

c) *Efecto declarativo*: La transacción no tiene efecto *traslativo* sino *declarativo* de los derechos a que ella se refiere (art. 836, 1ª parte). Esto significa que cuando uno de los contratantes reconoce el derecho de la otra parte no se considera que lo ha transmitido, sino que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción. Por ejemplo, si se discute por dos vecinos por dónde pasa el límite de sus campos contiguos, la transacción a que lleguen fija una línea divisoria que atribuye cada fracción del terreno en litigio a uno de los vecinos sin que se entienda que el otro le ha transmitido su discutido dominio sobre esa misma fracción.

Como consecuencia del efecto declarativo que corresponde a la transacción, la declaración o reconocimiento de los derechos que son materia de transacción no obliga al que la hace a garantirlos ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción (art. 836, 2ª parte). Consiguientemente, la evicción de la cosa renunciada por una de las partes en la transacción o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, no invalida la transacción, ni da lugar a la restitución de lo que por ella se hubiese recibido (art. 854).

La evicción es una garantía inherente a toda transmisión de un derecho a título oneroso, por la cual el transmitente asegura la existencia y legitimidad del derecho transmitido. Pero como en la transacción no se presenta una transmisión de derechos, se sigue de ahí que no existe garantía de evicción.

La ausencia de garantía de evicción no juega con respecto a los bienes transmitidos por una parte a la otra en calidad de *precio* de la transacción: tales bienes no constituyen el objeto de la transacción sino la *contraprestación* que recibe la parte que ha renunciado a una pretensión propia en beneficio de la otra parte. Si quien recibe tales bienes es luego desposeído de ellos en virtud del derecho que ejerza un tercero, el transmitente debe indemnizarle los daños y perjuicios que sufra (conf. art. 855). Sin embargo la desposesión no repercute sobre la eficacia de la transacción.

1179. QUID DE LA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.– De acuerdo con el art. 850, parte final: "La transacción tiene para con ellas (las partes) la autoridad de la cosa juzgada". Se trata de una asimilación de la transacción a la sentencia que, en nuestra opinión sólo corresponde efectuar cuando se trata de la transacción *judicial* y siempre que el convenio de las partes haya recibido la correspondiente *homologación*.

El art. 308 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que sólo la transacción homologada pone fin al juicio y que en defecto de homologación debe continuar el proceso. El art. 500 de dicho cuerpo legal aplica el procedimiento de ejecución de sentencia sólo a las transacciones o acuerdos homologados judicialmente.

Pensamos que la comprensión restringida de la última parte del art. 850 es la que corresponde. Para que exista "cosa juzgada" se requiere una materia en trance de juzgamiento lo que supone la existencia de un proceso. Por otra parte no puede haber transacción válida sobre derechos litigiosos si no se incorpora el instrumento de la transacción al expediente judicial (*supra*, nº 1174) y a su vez no hay conclusión del proceso según las normas rituales si no media homologación judicial; luego es lógico pensar que la autoridad de cosa juzgada se predica respecto de la transacción sobre derechos litigiosos luego de su homologación por el juez.

La transacción no homologada judicialmente está desprovista de esta autoridad de cosa juzgada aunque puede ser válida y eficiente para originar los efectos vinculatorios extintivo y declarativo que hemos examinado en el número anterior.

1180. EJECUTORIEDAD DE LA TRANSACCIÓN.– Sólo la transacción que inviste autoridad de cosa juzgada, causa ejecutoria, es decir, configura un acto jurisdiccional susceptible de ser mandado cumplir por el procedimiento de ejecución de sentencia. (art. 500 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La transacción no homologada no puede cumplimentarse por esa vía; la parte interesada en su cumplimiento deberá recurrir al procedimiento del juicio ordinario a menos que el instrumento de la transacción sea de los que traen aparejada ejecución.

1181. INDIVISIBILIDAD: CONSECUENCIAS.– Todo el contenido de la transacción está íntimamente unido entre sí y constituye un todo compacto e indivisible. Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles y cualquiera de ellas que fuese nula o que se anulase deja sin efecto todo el

119

acto de la transacción (art. 834). Es que el consentimiento de las partes para transar ha recaído sobre todos los puntos del acto que no puede ser amputado sin atentar contra la voluntad de los contratantes. Por ello es que si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor (art. 847), pese a que las partes podrían lícitamente haber transigido sobre aquellos intereses pecuniarios.

1182. NULIDAD: EN QUÉ CASOS PROCEDE.– Siendo la transacción un acto jurídico, le son aplicables los principios de las nulidades propios de los actos jurídicos en general (conf. art. 833). Independientemente de ello el Código ha reiterado la sanción de nulidad con respecto a algunas hipótesis particulares que en realidad no necesitaban de esa reiteración.

En tal sentido son anulables;

a) Las transacciones hechas por error, dolo, miedo, violencia o falsedad de documentos (art. 857). Se trata de vicios de la voluntad que se traducen en la anulación del acto luego de demostrada la existencia del vicio padecido. La mención relativa a la falsedad de documentos indica un vicio de error, porque quien ha hecho la transacción en esas condiciones ha padecido un error sobre la cualidad sustancial del acto cumplido, cualidad que ha sido la causa que lo determinó a realizar tal acto (conf. art. 926).

b) Las transacciones, cuando por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerlas, resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso (art. 859). Se trata nuevamente de otro tipo de error que ha influido sobre una de las partes para determinarla a transigir.

c) La transacción celebrada con posterioridad a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando la parte que pidiese la anulación de la transacción hubiese ignorado la sentencia que había concluido el pleito (art. 860). En este caso la base de la nulidad es la ausencia de un presupuesto indispensable de la transacción, como es la existencia de una obligación litigiosa o dudosa. Es claro que mediando ya sentencia definitiva no habría obligación que diera base a la transacción, que por ello se anula. Es de notar que el error también es esencial para invalidar la transacción, porque de haberse conocido la verdad de la situación la aparente transacción sería en verdad una renuncia de parte del titular del derecho que hubiese sido reconocido por la anterior sentencia.

Es de notar que la transacción es válida cuando la anterior sentencia está todavía pendiente de recurso (conf. art. 860).

d) Finalmente, es de advertir que son válidas las transacciones aunque en ellas existiesen errores aritméticos, pero las partes pueden demandar la rectificación de estos errores (conf. art. 861). Por tanto, la transacción es eficaz, pero ajustada en las cifras que en verdad correspondan.

1183. FALTA DE CAUSA.– La transacción es inválida cuando su objeto fuere la ejecución de un título nulo o la regulación de los efectos de derechos que no tenían otro principio que un título nulo, hayan o no las partes conocido la nulidad del título o lo hayan supuesto válido por error de hecho o de derecho (art. 858).

En este caso,la razón de la nulidad no es el error en que pueda haber incurrido quien transige, sino la falta de causa de la obligación derivada del título nulo, que de ninguna manera puede considerarse litigiosa o dudosa; faltaría así el antecedente justificativo de ese sacrificio recíproco en que la transacción consiste.

El principio del art. 858 no juega cuando con *anterioridad* a la transacción o *contemporáneamente* con ella ha tenido lugar la *confirmación* del título del que derivaban las obligaciones que fueron transigidas.

Si el acto del que derivan las obligaciones sobre las que se ha transigido es confirmado *antes* de la transacción, es evidente que al momento en que ella tiene lugar el título no adolecerá de defectos que puedan motivar la invalidez de la transacción. La confirmación puede tener lugar también *contemporáneamente* con la transacción, lo que ocurre si las partes "expresamente hubieran tratado sobre la nulidad del título" (art. 858 *in fine*). Va de suyo que la confirmación sólo podrá tener lugar cuando la nulidad que afecta al título sea relativa.

IV. RENUNCIA

1184. NOCIÓN.– La *renuncia* puede ser entendida en un sentido amplio o en un sentido restringido. En un sentido amplio es un acto jurídico por el cual se hace abandono de un derecho propio, cualquiera sea la índole de éste. La renuncia en el sentido restringido a que se refiere el art. 724 y luego el Título XXI de la Sección Primera del libro de las obligaciones, alude al desprendimiento que hace el acreedor de alguna de sus facultades,

pero manteniendo su carácter de acreedor, como por ejemplo si concede una prórroga al deudor, con lo cual su crédito, que era exigible, deja de serlo por efecto de esa renuncia. Cuando la renuncia implica un desprendimiento del mismo carácter de acreedor, en todo o en parte, se llama *remisión de la deuda*.

Lo expuesto significa que la renuncia es una modificación en el contenido actual de una obligación que persiste. En cambio la remisión de la deuda es una especie de renuncia por la cual el acreedor se despoja o desprende del mismo carácter de tal, en todo o en parte: es un perdón de la deuda, que puede ser total o parcial, según que se extienda al objeto debido en su integridad o a sólo una parte, por ejemplo, si el acreedor renuncia a cobrar una tercera parte de la deuda, eso es una remisión parcial.

1185. NATURALEZA JURÍDICA.– Acerca de este asunto se han sustentado dos opiniones doctrinarias.

a) *La renuncia es acto bilateral:* Según esta tesis la renuncia se perfecciona por la aceptación del deudor en cuyo favor se hace. Por tanto, no basta para producir la extinción de la obligación la manifestación de voluntad del acreedor, aunque desde luego ella es indispensable; se requiere, además, la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la renuncia.

Esta comprensión tiene en nuestro derecho un respaldo considerable. En efecto, la segunda parte del art. 868 dispone que "hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida". De donde se sigue *a contrario sensu* que si la renuncia no es aceptada ella no produce todavía la extinción de la obligación. Por ello es que también puede ser retractada "mientras no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace" (art. 875).

b) *La renuncia es un acto unilateral:* Según esta opinión la renuncia es acto unilateral, que sólo requiere para lograr su eficacia de la manifestación de la voluntad del acreedor. Para esta tesis cuadra prescindir de la anuencia del deudor, pues el acto jurídico quedaría perfecto por la sola decisión del acreedor que con suficiente capacidad se desprende voluntariamente de su derecho.

Es una comprensión que tropieza con la valla del art. 868, parte final, que subordina claramente la eficacia extintiva de la renuncia a la aceptación del deudor.

1186. ESPECIES.– La renuncia puede ser *gratuita u onerosa*. Es gratuita cuando se efectúa por el renunciante sin contraprestación alguna. Es onerosa si se realiza a cambio de una contraprestación a favor del renunciante.

No configuran renuncias las que se hacen para tener efecto después de la muerte del titular del derecho abandonado (art. 870), o que versan sobre derechos litigiosos o dudosos, mediante algún precio (art. 871).

1187. CARACTERES.– La renuncia presenta los siguientes caracteres:

a) Como se ha visto (*supra*, nº 1185) la renuncia es *acto jurídico bilateral* que se perfecciona por el consentimiento de ambas partes, aunque se apoya en la iniciativa del renunciante, que es el sujeto activo de la renuncia, ésta no queda concluida para producir sus efectos propios hasta la aceptación expresa o tácita del deudor, que es el beneficiario del acto.

b) Es un *contrato*, porque tiene un contenido obligacional (conf. art. 1137 y su nota), que en el caso consiste en la extinción de la obligación existente hasta ese momento.

c) Es un contrato *consensual*, porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes sin depender de la entrega de las cosas a que se hubiera renunciado. Tampoco depende en principio de formalidad alguna (véase *infra*, nº 1190).

d) Es de *interpretación restrictiva* (véase *infra*, nº 1192).

1188. CAPACIDAD.– Difiere la capacidad para efectuar renuncias según que se trate de renuncias gratuitas u onerosas. En el primer caso "toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación" (art. 868, 1ª parte).

Cuando la renuncia se hace por un precio o una prestación cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel a cuyo favor es hecha se determinan según las reglas relativas a los contratos por título oneroso (art. 869).

Por tanto, para hacer o aceptar donaciones de esta clase, hay que tener plena capacidad (conf. art. 1160).

Vinculada con la cuestión de la capacidad está la relacionada con la *disponibilidad* del derecho o facultad de cuya renuncia se trata. Se ha observado, con razón, que quien renuncia, no sólo debe tener la capacidad necesaria sino que debe tener la disponibilidad del derecho afectado por la renuncia. Así, por ejemplo, no podría ser renunciado un crédito embarga-

do, porque el acreedor, luego del embargo carece de la facultad de disponer de dicho crédito, en cualquier medida.

1189. PERSONERÍA PARA RENUNCIAR POR CUENTA AJENA.– La personería de los *representantes* suscita cuestiones análogas a las examinadas con relación a la transacción (*supra*, nº 1176).

Los representantes voluntarios sólo están autorizados para renunciar si cuentan con poder especial (art. 1881, inc. 4º); si la renuncia es gratuita el poder tiene que indicar las facultades determinadas que se quiera renunciar (arg. art. 1807, inc. 6º).

En cuanto a los representantes legales, los padres no pueden renunciar derechos de los hijos bajo su potestad sin expresa autorización judicial pero pueden aceptar renuncias a favor de ellos libremente. Los tutores y curadores no pueden renunciar derechos de sus representados ni con autorización judicial, pero pueden con dicha autorización aceptar las renuncias gratuitas que se hagan a su favor (conf. art. 1808, incs. 2º y 3º).

Las renuncias hechas o aceptadas por representantes carentes de facultades son inoponibles al representado, pero pueden quedar cubiertas por la ulterior ratificación de éste.

1190. FORMA Y PRUEBA.– En cuanto a la *forma*, "la renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior. Puede tener lugar aun tácitamente, a excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa" (art. 873).

Por excepción a ese principio de libertad algunas renuncias tienen que ser otorgadas bajo una determinada forma legal: así, las renuncias de derechos hereditarios deben ser hechas en escritura pública (art. 1184, inc. 6º).

En cuanto a la *prueba*, como la renuncia es un contrato, aunque puede ser demostrada por cualquier medio, incluso el de presunciones, si el valor renunciado excede de 10.000 pesos de la vieja moneda no puede ser probada por testigos y debe hacerse por escrito (conf. art. 1193). Es claro que podría prescindirse de la prueba escrita si existiera alguno de los supuestos de excepción del art. 1191. Empero la prueba que se rinda por los medios aceptados ha de ser inequívoca y cualquier duda se vuelve en contra de la renuncia.

1191. DERECHOS RENUNCIABLES.– Cualquier clase de derechos instituidos en interés particular de su titular, aunque sean eventuales o condicionales, pueden ser renunciados (art. 872, 1ª parte).

La libertad de renunciar a los derechos propios se puede ejercer con respecto a los derechos obligacionales, reales e intelectuales. Por ejemplo, la indemnización del daño moratorio que el cumplimiento tardío de la obligación ha provocado al acreedor; la garantía de evicción (conf. art. 2098); la prescripción ya corrida (conf. art. 3965); los honorarios profesionales por trabajos ya realizados, etcétera.

En cambio, no son renunciables los derechos concedidos menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público (art. 872, parte final). Así los derechos de familia, como la patria potestad y los derechos derivados de la condición marital o del parentesco que se conceden para el logro de la mejor formación de los hijos y para asegurar el orden familiar querido por el legislador; la defensa en juicio de los derechos; la herencia futura; lo honorarios mínimos indicados en los aranceles profesionales, etcétera.

Cuando exista duda acerca de la motivación por la cual se ha admitido la existencia de un determinado derecho, no sabiéndose si ello ha sido en obsequio al interés del titular o para preservar el orden público, creemos que la renuncia es admisible. En efecto, la libertad personal permite realizar cualquier clase de actos jurídicos sobre los cuales no recae alguna prohibición legal (arg. art. 19, 2ª parte, Const. Nac.). Como en este caso, no media una indudable prohibición legal, ha de concluirse que la renuncia es legítima.

1192. INTERPRETACIÓN.– La intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 874). Por aplicación de este criterio se ha decidido en numerosos casos que no hay renuncia si los hechos que se invocan en su apoyo no están claramente configurados. Así, se ha decidido que no implica renuncia de cobrar los mayores intereses estipulados para el futuro, el hecho de haber cobrado en el pasado intereses a una tasa menor.

Empero, lo expuesto no implica eliminar la prueba de presunciones para acreditar la renuncia. Incluso la ley sienta algunas presunciones de renuncia: así, si el damnificado por un delito de acción privada renuncia a la acción civil o hace convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal (art. 1097, 2ª parte). Esta previsión no rige

cuando se trata de delitos de acción pública a cuyo respecto el particular no es el dueño de la acción y no puede por consiguiente renunciar a ella.

1193. DIFERENCIA CON LA DONACIÓN.– En el sistema de nuestro Código no se confunde la renuncia con la donación. Por lo pronto la renuncia puede ser onerosa y entonces no hay afinidad alguna entre uno y otro contrato. Pero tampoco hay identidad si la renuncia es gratuita, porque la donación se refiere siempre a la transmisión de la propiedad de una cosa (conf. art. 1789), en tanto que la renuncia versa sobre la dejación o desprendimiento de una facultad del acreedor. Es de notar que esa diferencia desaparece en los proyectos nacionales de reforma integral del Código Civil, porque el concepto de donación en ellos es más amplio, abarcando cualquier transmisión de derechos y entonces la renuncia aparece como una especie de donación.

1194. LEYES QUE RIGEN LA RENUNCIA.– Fuera de los principios generales antes expresados la renuncia no tiene un régimen uniforme.

En efecto si la renuncia se hace gratuitamente, constituye una liberalidad que se gobierna por las reglas de la donación en virtud del principio de analogía. Si la renuncia es onerosa se regirá por las reglas relativas a los contratos por título oneroso (art. 869). Así según sea el objeto de la contraprestación regirán en lo pertinente las reglas de la compraventa o de la permuta (conf. arts. 1435 y 1436).

Si la renuncia se hiciere en un testamento ella deja de ser tal para configurar un legado, el llamado legado de liberación que se rige por las leyes sobre los legados (art. 870).

Finalmente si la renuncia por un contrato oneroso se refiere a derechos litigiosos o dudosos le serán aplicables las reglas de las transacciones (art. 871).

1195. RETRACTACIÓN.– La retractación es una manifestación de voluntad contraria del renunciante. La renuncia puede ser retractada mientras no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace (art. 875, 1ª parte). Como la renuncia es un acto jurídico bilateral hasta no ser aceptada puede ser retractada por el renunciante sin que ello le dé algún motivo de queja a la persona en cuyo favor se había efectuado. Distintamente ocurre en materia de derechos reales en cuyo caso la renuncia es en general puramente abdicativa sin requerirse la aceptación de nadie por lo mismo que el derecho real tiene un sujeto pasivo universal constituido por

toda la sociedad. Sin embargo, con respecto a algunos derechos reales que se hubieren renunciado a favor de una persona determinada podría retractarse la renuncia mientras ella no hubiera sido aceptada por el beneficiario.

Pese a la posibilidad de la retractación de la renuncia que admite el Código, quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros a consecuencia de la renuncia desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta su retractación (art. 875 parte final). Esto significa que el renunciante deberá indemnizar a los terceros los perjuicios que les causare la retractación de la renuncia si ellos a consecuencia de la manifestación primera de la voluntad del renunciante han establecido derechos a su favor que ahora quedarán desvanecidos como consecuencia de la retractación de la renuncia.

1196. EFECTO DE LA RENUNCIA: MOMENTO DE LA EXTINCIÓN DE LAS FACULTADES DEL ACREEDOR.– La renuncia produce el efecto extintivo de la obligación (art. 868, *in fine*). Es una extinción que se opera por *consunción* del derecho renunciado, que resultando perdido para el acreedor nadie lo adquiere en su substitución: no hay pues efecto traslativo que acompañe a la renuncia.

La extinción de la obligación produce, como es lógico la extinción de sus accesorios y garantías.

Cuando la aceptación de la renuncia tiene lugar en *presencia* del acreedor produce sus efectos a partir de ese momento.

Si la aceptación se produce en *ausencia* del acreedor juegan los principios generales que regulan el perfeccionamiento del consentimiento entre ausentes. Por lo tanto cabe concluir como criterio general que la extinción del derecho renunciado se produce en el momento en que el deudor *envía* su aceptación al renunciante (conf. art. 1154).

V. REMISION DE DEUDA

1197. CONCEPTO. PROYECCIÓN DE RÉGIMEN.– La remisión de deuda es un modo de extinción de las obligaciones que consiste en el perdón total o parcial de la deuda que efectúa el acreedor. Es una especie del género renuncia, entendiendo este vocablo en su acepción amplia, que consiste en el desprendimiento que hace el acreedor de su carácter de tal con respecto a la totalidad o a una parte de la obligación.

Como tipo específico de renuncia que es, le son aplicables a la remisión de deuda los principios y normas que rigen al género a que pertenece (conf. art. 876).

1198. NATURALEZA.– La remisión de deuda es un acto jurídico bilateral, por cuanto como especie del género renuncia participa de los caracteres de su género. De aquí que se perfeccione con la aceptación del deudor en cuyo favor se hace.

Por la misma razón, le son aplicables a la remisión de deuda las disposiciones generales relativas a la renuncia (conf. art. 876), especialmente en materia de capacidad.

1199. DISTINTAS ESPECIES.– Según sea el criterio de discriminación que se adopte, pueden distinguirse distintas subespecies de remisión de deuda.

a) Por lo pronto, la condonación de la deuda puede hacerse *gratuitamente*, o sea sin contraprestación alguna a favor del acreedor; o bien a cambio de una *utilidad* en provecho del acreedor. La primera es una liberalidad sometida a las normas que rigen a las disposiciones a título gratuito, salvo en cuanto a su forma. De ahí que tal remisión tenga la *fragilidad* propia de los actos gratuitos: puede ser impugnada por los acreedores del acreedor con la sola prueba del perjuicio que les causa (arg. arts. 967 y 970); está sujeta a impugnación por los herederos forzosos lesionados en sus porciones legítimas; está sujeta a colación si la remisión favorece a un coheredero; es revocable por la ingratitud del deudor; etcétera. Fuera de ello la remisión gratuita deja subsistente una *obligación natural* por el saldo impago de la deuda.

Cuando el perdón de la deuda se consiente por el acreedor en razón de una contraprestación pactada a su favor la remisión es *onerosa* gobernándose, entonces, por los principios de los contratos onerosos (conf. art. 869). Es una figura bastante rara porque ella no ha de confundirse con la dación en pago, con la novación, ni con la transacción. Empero, hay supuestos en que por no funcionar esas figuras queda lugar para el juego de una remisión de deuda onerosa.

b) Si se contempla la *extensión* del sacrificio de su crédito hecho por el acreedor, la remisión de deuda puede ser *total o parcial*. Aunque el Código no se refiere a esa distinción en el presente título el asunto no se presta a vacilación alguna: en efecto, si el crédito puede pertenecer a varios

acreedores y si el pago puede satisfacerse parcialmente, es elemental que también la renuncia a la recepción de ese pago puede ser parcial. El Código alude a la remisión parcial bajo la denominación de *quita* en el art. 708.

c) La remisión puede ser *voluntaria o forzosa*. La primera es la especie ordinaria, a que se refiere el título del Código Civil que estamos analizando. La segunda es la que se presenta en ciertos contratos colectivos, en los cuales una voluntad mayoritaria puede imponer a los copartícipes en un consorcio transitorio de intereses una quita o remisión parcial que afecta igualitariamente a los créditos de todos: es lo que ocurre en el anteriormente llamado *concordato* en la *quiebra* de un comerciante (antigua ley 11.719, arts. 8º y sigs.) y que ahora se denomina *acuerdo preventivo* aplicable tanto a los comerciantes como a los deudores civiles (conf. arts. 2º y 43, ley 24.522).

1200. FORMAS.– La remisión de la deuda puede hacerse bajo una forma *expresa o tácita*.

La *expresa* es la que se configura mediante una manifestación del acreedor, aceptada por el deudor, por la que aquél exterioriza positivamente la voluntad de renunciar al cobro total o parcial de su crédito. Esa expresión de voluntad puede hacerse bajo cualquier forma, verbal o escrita, en instrumento público o privado; no requiere términos solemnes, bastando el empleo de palabras que signifiquen aquella intención, como las frases "doy por extinguida o cancelada la deuda", o aun "doy por paga o saldada la deuda", siempre que sea manifiesta la ausencia de efectivo pago.

Acerca de la *libertad de forma* de la remisión de deuda, dice el art. 885: *"No hay forma especial para hacer la remisión expresa, aunque la deuda conste de un documento público"*.

Esta última frase significa que no rige para la remisión, la exigencia de la escritura pública contenida en el art. 1184, inc. 10. Aunque el crédito hubiere sido documentado en instrumento público, por ejemplo, el saldo de precio impago de un inmueble escriturado al comprador, puede ser remitido en cualquier forma, aun tácitamente, pese a ser la remisión, en ese caso, un "acto accesorio del contrato redactado en escritura pública".

La remisión de deuda es *tácita* cuando la voluntad del acreedor de renunciar al pago de la obligación, aceptada por el deudor, puede ser conocida con *certidumbre* a través de la *conducta* obrada por las partes (conf. art. 918). No se puede dudar de la admisión por la ley de esta forma

de remisión por varias consideraciones: 1º) por el principio de libertad de formas (conf. art. 974), que conduce a que las partes puedan concertar la remisión de la deuda, exteriorizándola de la manera que quieran elegir sin cortapisa alguna; 2º) porque para dejar de lado la libertad en la elección del modo de manifestación de la voluntad, sería menester una norma prohibitiva, que exigiera "una expresión positiva" (art. 918), la cual no existe; 3º) porque la admisión de la forma tácita de la remisión, condice con lo dispuesto en el art. 885; 4º) porque siendo la remisión de deuda una especie del género renuncia se le aplica el art. 873 que admite la renuncia tácita (*supra*, nº 1190); 5º) porque el código regula especialmente una figura de remisión tácita la que resulta de la entrega del documento representativo del crédito (conf. art. 877), no habiendo razón para que no pueda haber otras: evidentemente, sería un abuso hermenéutico concluir que por haber contemplado el codificador ese caso de remisión tácita, ha excluido otros.

1201. ENTREGA DEL DOCUMENTO REPRESENTATIVO DEL CRÉDITO.– La principal manera de practicar una remisión tácita de la deuda consiste en la entrega que se hace por el acreedor del documento donde consta la obligación. Mediante esa entrega el acreedor se desprende del título justificativo de su crédito y hace ver que está dispuesto a no exigir el cobro de la deuda.

Cuando el documento original representativo de la obligación se encuentra en poder del deudor la ley presume que el acreedor se lo ha entregado voluntariamente (art. 878). Empero es una presunción *juris tantum* que el acreedor puede desvirtuar demostrando que el documento respectivo le ha sido arrancado contra su voluntad o que él lo ha extraviado, en cuyo caso la remisión de la deuda no tiene lugar.

Por otra parte, la ley supone que la entrega voluntaria del documento original en que consta la deuda causa la remisión de ésta (art. 877). Es también una simple presunción legal *juris tantum* que puede ser contrarrestada por el propio deudor si él alega que ha mediado pago (art. 877 *in fine*). Pero al deudor que alega el pago le corresponde la prueba de su aserto, porque los hechos no probados no existen para el derecho.

Una interpretación distinta de la posesión del documento representativo de la deuda en manos del deudor corresponde efectuar, si ese documento es un testimonio de una escritura pública. En tal caso el deudor que pretende estar liberado tiene que probar que el documento le ha sido entregado a título de remisión de deuda (conf. art. 879). Esta es una consecuencia del deber que tiene el escribano de otorgar a las partes el testimonio de la escritura que él hubiese autorizado (conf. art. 1006). Así pues ninguna conclusión podría sacarse del hecho de estar ese testimonio en poder del deudor.

1202. EFECTOS DE LA REMISIÓN; FIANZA; OBLIGACIÓN DE SUJETO PLURAL.– Parece innecesario remarcar que siendo la remisión una especie de renuncia, produce el mismo efecto extintivo de esta última. Sin embargo el codificador ha querido puntualizar distintas consecuencias en los arts. 880 y siguientes que implican la reiteración de principios ya conocidos.

Así la remisión hecha al deudor principal libera a los fiadores pero no a la inversa (conf. art. 880), lo que es una consecuencia del principio de accesoriedad: extinguida la obligación principal queda extinguida la accesoria.

Cuando la fianza fuere solidaria, la remisión a favor de uno de los fiadores favorece igualmente a los otros a menos que el acreedor haya restringido la liberación a uno de los fiadores que fue favorecido con ello, hipótesis en la cual conservaría el acreedor su acción contra los otros fiadores pero con deducción de la parte que correspondía asegurar al fiador favorecido con la remisión (conf. arts. 881 y 884). Igualmente ocurre cuando se trata de la remisión efectuada a favor de uno de los deudores de una obligación solidaria (conf. art. 707).

Si la obligación es divisible, la remisión a favor de uno de los deudores o de uno de los fiadores no afecta la situación de los otros obligados (conf. art. 882).

Una cuestión controvertida es la que decide el art. 883. Cuando el fiador para eximirse de la fianza hace la entrega de una prestación al acreedor "tal pago debe ser imputado sobre la deuda" (art. 883, 1ª parte). Por tanto, en la medida de la entrega recibida por el acreedor queda igualmente liberado el deudor frente a él sin perjuicio del reembolso que tendrá que hacerle al fiador. Pero si el acreedor hubiese hecho después remisión de la deuda, el fiador no puede repetir de él la parte que hubiese pagado (art. 883, 2ª parte). Es que esa remisión ulterior de la deuda sólo podía referirse al saldo impago porque la otra parte había quedado cancelada por la entrega efectuada por el fiador que había sido imputada sobre la deuda. Por otra parte, en cualquier caso de satisfacción de una prestación parcial por el fiador que se imputa a la obligación principal, él tiene acción de reembolso contra el deudor principal en la medida del desembolso efectuado.

122

1203. DEVOLUCIÓN DE LA COSA PRENDADA.– La devolución voluntaria que hiciere el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa sólo la remisión del derecho de prenda pero no la remisión de la deuda (art. 886). Nuevamente he ahí una aplicación del principio de accesoriedad: la prenda es un accesorio de la obligación principal a la que garantiza; por tanto la extinción de la prenda deja intacta a la obligación principal que no queda por ello extinguida.

Finalmente es de notar que la existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario (art. 887).

CAPÍTULO IX

HECHOS EXTINTIVOS

I. COMPENSACION

1204. CONCEPTO.– La compensación es la neutralización de dos obligaciones recíprocas. Tiene lugar cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor, recíprocamente, cualesquiera sean las causas de una u otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago las dos deudas hasta donde alcanza la menor y desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir (art. 818).

Como se advierte, la compensación implica un pago simplificado. La ley atribuye a ese hecho la misma virtualidad que a un pago doble cruzado, es decir a un pago que hubiese comenzado por hacer un deudor y que seguidamente le hubiera sido satisfecho a él mismo por el acreedor que fuese deudor suyo. Es un instituto que tiene una gran importancia porque evita el doble cumplimiento y ahorra los consiguientes gastos. Se aplica principalmente en los ajustes de las cuentas de los bancos entre sí liquidándose las deudas recíprocas en las cámaras compensadoras o "clearing" y también en las relaciones internacionales porque elimina la traslación del numerario de un país a otro. Finalmente tiene suma importancia por la garantía que representa para el acreedor: así, si no se pudiese hacer funcionar la compensación, un acreedor que fuese a su vez deudor de una persona insolvente tendría que pagarle a él su propia deuda y perjudicarse por esa insolvencia en cuanto al cobro de su propio crédito que le sería satisfecho en moneda de quiebra, es decir, con un porcentaje equivalente al que percibieran los otros acreedores del fallido o concursado. La compensación le evita ese perjuicio porque él será íntegramente satisfecho de su propio crédito con el pago que se hace a sí mismo de la deuda que tenía con su deudor.

1205. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– En el primitivo Derecho Romano la compensación sólo podía funcionar por acuerdo de partes, sin que el deudor pudiera dispensarse de pagar invocando su propio crédito. Más tarde se concedió la excepción de dolo a quien perseguido por el pago de una deuda alegaba ser acreedor del demandante.

Justiniano remodeló la institución estableciendo el requisito de la liquidez para el crédito opuesto en compensación, con lo cual quedó afirmado como principio general de funcionamiento de la compensación siempre que las obligaciones recíprocas tuvieran prestaciones homogéneas definidas en su cuantía.

En el antiguo derecho francés, las provincias de derecho escrito siguieron el perfil romano, mientras que las de derecho consuetudinario se atuvieron al criterio de admitir sólo la compensación convencional.

El Código Napoleón dio amplia eficacia a la compensación conceptuando que la compensación legal se produce *ministerio legis* sin requerir pronunciamiento de los jueces ni alegación de las partes.

Finalmente en el Código suizo de la obligaciones y en el Código alemán la compensación no es imperativa sino facultativa; constituye un derecho del demandado que tiene contra el demandante un crédito de prestación homogénea a la reclamada.

Los proyectos de reforma integral de nuestro Código Civil, han seguido la orientación germánica.

1206. DISTINTAS CONCEPCIONES TEÓRICAS.– La evolución histórica evidencia los distintos enfoques teóricos que pueden formularse acerca de la compensación.

a) Para una concepción simplista propia del Derecho Romano primitivo la compensación queda reducida a la mínima expresión ya que sólo puede resultar del *consentimiento* de las partes: constituiría así una convención liberatoria.

b) En el extremo opuesto es dable concebir la compensación como un hecho mecánico independiente en absoluto de la voluntad de los interesados, que aniquila ambas obligaciones recíprocas por la sola coexistencia en esa situación de reciprocidad bajo ciertas condiciones.

c) La concepción armónica y equilibrada de la compensación, ve en esa figura una facultad de cualquiera de los deudores recíprocos, que uno u otro pueden hacer valer sin estar obligado a ello.

123

Esta concepción es sostenible con respecto a nuestro Código, en el cual nada hay que obligue a concluir que la compensación legal funciona con independencia de toda alegación de parte.

1207. DIVERSAS CLASES.– Hay varias clases de compensación:

a) La compensación *voluntaria*, que es la que surge de un acuerdo de las partes que invisten recíprocamente la calidad de acreedor y deudor de las obligaciones cruzadas. Esta compensación no es mencionada por el Código ni tiene un régimen particular porque depende de la libertad con que hayan querido acordarla los propios interesados, que no se ven coartados para disponer lo que les resulte conveniente. Por tanto no es una figura autónoma.

b) La compensación *legal*, que es la que funciona *ministerio legis* es decir en virtud de la ley y que reviste la máxima importancia. Es a ella a la que se refiere el Código Civil en los arts. 818 a 831.

c) La compensación *facultativa*, que depende exclusivamente de la voluntad de una sola de las partes. Funciona cuando ante la ausencia de compensación legal por defecto de un requisito que la ley exige, sin embargo la parte a quien favorece esa ausencia de compensación legal renuncia a ello y opone la compensación a su adversario. Por ejemplo si estando pendiente de plazo la deuda de A con B por $ 100.000, aquel que a su vez es acreedor de B por $ 150.000, le requiere el cobro de $ 50.000 manifestando compensar el saldo con su propia deuda.

d) La compensación *judicial*, que resulta de una sentencia cuando el demandado ha opuesto una reconvención que el juez admite. En tal caso surge de la sentencia una compensación entre lo demandado y lo reconvenido que extingue ambas pretensiones hasta donde alcanza la menor de ellas. El juez condena a pagar sólo el excedente que hubiere sobre ambas obligaciones extinguidas hasta una cierta medida, por neutralización recíproca.

Podría discutirse la autonomía de este tipo de compensación ya que los jueces no hacen sino declarar derechos de los particulares y por consiguiente sólo verifican, en el caso, el juego de una compensación legal luego de comprobados los requisitos de una compensación de esa índole.

e) La compensación *automática* es la que se presenta en contados casos, por imperativo legal, con prescindencia del monto y caracteres de las obligaciones neutralizadas, así como de la alegación por las partes.

1208. COMPENSACIÓN LEGAL.– Es la que funciona por virtud de la ley y requiere la reunión de distintos presupuestos que el Código menciona, que pasamos a estudiar.

1209. REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN LEGAL.– Para que funcione la compensación legal deben reunirse los siguientes requisitos:

a) *Reciprocidad.*– Es necesario que ambas obligaciones de que se trata sean recíprocas. No importa la causa de una y otra obligación. El Código en su art. 818 exige que cada parte invista el carácter recíproco de acreedor y deudor "por derecho propio": es una mención superflua que desaparece en el Anteproyecto de 1954 ya que el único modo por el cual alguien puede quedar obligado es obligándose por derecho propio, no por cuenta de otro, pues entonces es el otro el obligado.

b) *Fungibilidad.*– Para que se verifique la compensación es preciso que la cosa debida por una de las partes pueda ser dada en pago de lo que es debido por la otra (art. 819), lo que ocurre cuando ambas deudas se refieren a prestaciones de cosas fungibles entre sí (art. 820). Es de notar que no se requiere que las cosas debidas sean fungibles en sí mismas consideradas, sino que lo sean entre sí, es decir que el objeto de una obligación pueda ser dado en pago de la otra obligación.

Este requisito concurre: 1º) cuando el objeto debido en ambas obligaciones es una suma de dinero; 2º) cuando el objeto de ambas prestaciones son cosas de la misma especie y de la misma calidad (art. 820); 3º) cuando ambas prestaciones consisten en cosas inciertas no fungibles de la misma especie si la elección pertenece respectivamente a los dos deudores (art. 820). Por ejemplo si A debe a B dos caballos de determinada raza y a su vez B le debe a A cinco caballos de la misma raza: correspondiendo la elección a uno y a otro deudor ambas obligaciones se extinguen quedando subsistente una única obligación referente a la entrega de tres caballos de la raza en cuestión; 4º) cuando ambas obligaciones versan sobre la misma cosa cierta en cuyo caso lo que se le debe a uno de los acreedores puede también él darlo en pago de su propia deuda. Por ejemplo cuando mediando incapacidad del deudor éste hace el pago de la cosa debida al acreedor: la compensación neutraliza el efecto de la nulidad proveniente

de la incapacidad y el acreedor no debe la devolución correspondiente por haber quedado extinguida esa deuda con el propio crédito que tenía a cobrar la cosa pagada.

c) *Exigibilidad.*– Para que funcione la compensación ambas obligaciones tienen que ser exigibles, de plazo vencido o siendo condicionales que se haya cumplido la condición (art. 819). Si una de las obligaciones está pendiente de plazo o depende de una condición suspensiva todavía no realizada, la compensación legal no funciona: sólo podría actuar una compensación facultativa si la parte a quien favorece el plazo o la condición renunciare a esas modalidades tornando exigible desde ya, a la obligación respectiva.

Tampoco son exigibles las obligaciones naturales que no subsisten civilmente, lo cual es un requisito de la compensación legal (conf. art. 819). Por tanto a diferencia del Derecho Romano, no es oponible en compensación el crédito derivado de una obligación natural.

d) *Liquidez.*– Para que se verifique la compensación es preciso que ambas deudas sean líquidas (art. 819). Una deuda es líquida cuando está definida en su cantidad. Por tanto no se puede oponer en compensación un crédito que no sea líquido para neutralizar la demanda por cobro de una deuda líquida. Por ejemplo, no se puede pretender el rechazo de una acción por restitución de un préstamo que se ha recibido, alegando que se es acreedor por daños y perjuicios derivados de un acto ilícito cometido por el prestamista: siendo esta última obligación ilíquida no se puede oponer en compensación para bloquear el cobro de la otra deuda líquida.

e) *Disponibilidad.*– Para que se verifique la compensación es necesario que los créditos y las deudas sean expeditos, sin que un tercero tenga adquiridos derechos en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente (art. 822) al pago. Un crédito no es disponible y por consiguiente no puede ser opuesto en compensación, cuando ha sido embargado o dado en prenda en cuyo caso no pudiendo tener lugar el pago en perjuicio del acreedor embargante o del acreedor prendario (conf. art. 736), menos puede tener lugar la compensación. El embargo o la prenda inmovilizan el crédito en el patrimonio de quien fue embargado o constituyó la prenda y en consecuencia no puede salir de ese patrimonio dicho crédito por vía de una compensación.

1210. CIRCUNSTANCIAS INDIFERENTES.– Para que funcione la compensación no es necesario: a) que ambas obligaciones sean pagaderas en el mismo lugar (conf. art. 821). Empero quien oponga la compensación tendrá que satisfacer adicionalmente el interés del acreedor en ser pagado en el lugar en que debía hacerlo el deudor (nota al art. 821); b) que las partes intervinientes tengan capacidad. La compensación funciona independientemente de la capacidad del acreedor o deudor respectivo, puesto que actúa *ministerio legis*; c) tampoco es necesario que el crédito que se opone en compensación esté reconocido por la otra parte o surja de una sentencia: si se discute la existencia de este crédito corresponderá abrir a prueba el incidente respectivo a fin de poder establecer si existe el crédito opuesto en compensación.

1211. OBLIGACIONES NO COMPENSABLES: ENUNCIACIÓN.– Entre otros no son susceptibles de compensación: 1º) los créditos del Estado por impuestos provenientes de la enajenación de sus bienes; 2º) la obligación de pagar daños y perjuicios por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado (art. 824). Se ha entendido que el despojante tenía que empezar por pagar los daños e intereses y si a su vez tenía algún crédito contra el damnificado sólo podía cobrarlo después en juicio separado: *Spoliatus ante omnia restituendus*; 3º) tampoco es compensable la obligación de devolver un depósito irregular (art. 824): es que la obligación del depositario es una obligación de honor según la concepción tradicional y por tanto él no puede eludir la restitución alegando ser a su vez acreedor del depositante, a menos que su propio crédito derivara de la misma causa, o sea del depósito efectuado (conf. art. 2223); 4º) según el art. 825 no son compensables los créditos por alimentos. Es que se considera que el acreedor por alimentos padece extrema necesidad no pudiendo diferirse el pago de la deuda: si el deudor de los alimentos a su vez es acreedor del alimentista tendrá que seguir la suerte de cualquier otro acreedor de la misma persona, sin pretender cobrar con preferencia por la vía de la compensación, ya que el crédito por alimentos no es susceptible de embargo (conf. art. 374).

1212. EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN: SENTIDO EN QUE SE PRODUCEN DE PLENO DERECHO.– La compensación produce el efecto extintivo de ambas obligaciones recíprocas hasta donde alcanza la menor, de *pleno derecho*, o sea, desde que ambas obligaciones comenzaron a coexistir (art. 818 parte final). Sin embargo es menester entender bien lo que significa esta eficacia de pleno derecho de la compensación. Los jueces no pueden declararla de oficio y es necesario que sea alegada por la parte que tiene derecho a ella. De lo contrario no cuadra declarar una compensación que resulta tácitamente renunciada. Por otra parte tampoco el juez puede actuar de oficio porque no puede saber si la obligación que aparece como existente no ha sido remitida o ha quedado extinguida con anterioridad por el juego de algún otro modo de extinción de las obligaciones. De ahí la necesidad de que la compensación sea alegada por la parte interesada judicialmente. Empero, una vez alegada, su funcionamiento remonta a la fecha de coexistencia de ambas obligaciones.

Como consecuencia del efecto extintivo de la compensación, desde la fecha de la aludida coexistencia de ambas obligaciones cesa el curso de los intereses que pudieren corresponder a alguno de los créditos, se extinguen los respectivos accesorios como fianzas, hipotecas, etcétera y desaparece la prescripción que hubiere estado en curso, manteniéndose sólo en cuanto al excedente que hubiere y que esté exento de ese efecto extintivo.

1213. QUIÉN PUEDE ALEGAR LA COMPENSACIÓN.– No existe norma legal ni principio doctrinario que autorice al juez a declarar de oficio la compensación.

Sólo a cada una de las partes compete esa atribución que pueden ejercer según su conveniencia optando por el mantenimiento de la independencia de las obligaciones o bien por la compensación que fuese procedente. Esa facultad puede ser *renunciada* por cualquiera de las partes en forma expresa o tácita, o bien puede ser materia de un *pacto de no compensación* que elimine la incidencia de la compensación en las relaciones recíprocas.

Por aplicación de los principios generales los acreedores de las partes podrán oponer la compensación por la vía de la acción subrogatoria, si la compensación redundare en provecho manifiesto del deudor subrogado y el no tuviere un motivo legítimo para abstenerse de ejercer esa facultad.

1214. SUPUESTO DE FIANZA Y OBLIGACIONES SOLIDARIAS.– El fiador es un deudor subsidiario del deudor principal. Por tanto si el tiene un crédito contra el acreedor, puede oponerle la compensación para extinguir la fianza, siempre que concurran los requisitos ordinarios. Igualmente puede invocar la compensación en base al crédito que tenga el propio deudor afianzado contra su acreedor (conf. art. 829, 1ª parte).

1274

En cambio, el deudor principal no puede invocar la compensación en virtud de lo que el acreedor le adeude al fiador (conf. art. 829, 2ª parte). Sin embargo cuando el fiador hubiese opuesto en compensación su propio crédito a la pretensión del acreedor, si éste ulteriormente demandare el pago al deudor principal estaría reclamando el pago de una obligación ya extinguida y el deudor principal podría invocar con éxito el efecto extintivo de la compensación opuesta por el fiador.

En lo que respecta a la solidaridad, "el deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él o de otro de los codeudores solidarios" (conf. art. 830).

El sistema del Código se presta a reparos. Si bien no cabe discutir la razonabilidad de la compensación cuando el deudor la fundamenta en su propio crédito o aprovecha de la compensación ya opuesta por otro de los coobligados, no parece justo ni conveniente que pueda invocar a su favor lo que se debe a otro de los coobligados, arrebatándole a éste la facultad de decidir acerca de la compensación.

Por último cabe señalar que aunque el art. 830 sólo se refiere a la solidaridad pasiva, lo dispuesto por el art. 707 determina que la solidaridad activa se rija por los mismos principios. Por tanto demandado el deudor común por uno de los acreedores solidarios, él puede oponerle la compensación fundada en su propio crédito contra otro de los acreedores solidarios.

1215. IMPUTACIÓN DE LA COMPENSACIÓN.– Cuando quien alega la compensación tiene varios créditos contra su acreedor se presenta el problema de definir cuál habrá de estimarse extinguido por la compensación.

Cuando los créditos han llegado a ser compensables en distintas fechas, queda extinguido el crédito que primeramente reunió los requisitos legales para producir esa consecuencia, lo que deriva del efecto extintivo *ipso jure* de la compensación.

Cuando los créditos se hubiesen hecho compensables simultáneamente rige el sistema legal relativo a la imputación del pago que se aplica por analogía (ver *supra*, núms. 1065 a 1070).

1216. RENUNCIA A LA COMPENSACIÓN.– Según señalamos en el número 1213, la compensación es una facultad que puede ser renunciada por cualquiera de las partes. Se trata de un derecho instituido en interés individual lo que explica esa posibilidad. Por lo demás el propio Código admite la renuncia a la facultad de alegar la compensación en la hipótesis del

art. 1474, cuando el deudor cedido "acepta" la cesión y nada impide que esa solución sea generalizada.

1217. PAGO DE DEUDA COMPENSABLE.– El pago consciente de una deuda compensable implica la renuncia tácita a la facultad de oponer la compensación, pero la solución difiere si el pago se ha hecho *sin saber* que podía ser eludido mediante la alegación de la compensación.

Se da en esta hipótesis una renuncia que como acto jurídico que es está viciado por el error esencial de no saber que se estaba efectuando tal renuncia (error sobre la naturaleza jurídica del acto, art. 924). Por ello será anulable por el vicio de error, siempre, claro está, que este error sea de hecho y que por las circunstancias del caso resulte excusable.

1218. COMPENSACIÓN JUDICIAL: EFECTOS.– Según se ha visto la compensación judicial es la que surge de la sentencia que la admite. Se ha discutido el momento a partir del cual produce efecto esta compensación. Parece que tratándose de una extinción que opera por medio de una sentencia tiene que proyectar sus efectos desde el momento en que la misma sentencia lo produce, es decir desde el momento en que ha quedado trabada la litis que se ha venido a dirimir por el pronunciamiento judicial. Las sentencias en principio producen un efecto declarativo de los derechos que ellas reconocen y del mismo modo actúan con respecto a la compensación.

1219. COMPENSACIÓN FACULTATIVA: EFECTOS.– La compensación facultativa produce su efecto extintivo desde el momento en que ella es alegada por la parte que tiene derecho a la misma.

1220. COMPENSACIÓN AUTOMÁTICA: NOCIÓN Y CASOS.– En algunos casos especiales la compensación tiene lugar por la sola fuerza de la ley sin que concurran los requisitos indicados en los arts. 818 y siguientes del Código Civil. En estos casos las obligaciones recíprocas se extinguen íntegramente aunque las prestaciones no sean homogéneas y a pesar de que sus valores sean distintos, con independencia de toda invocación de las partes.

Cabe señalar como supuestos de compensación automática: a) la compensación de intereses devengados y frutos percibidos hasta el día de la demanda en caso de anulación de un acto anulable que hubiese originado obligaciones correlativas de sumas de dinero y cosas productivas de frutos (art. 1053); b) la compensación de los frutos de la cosa vendida con

los intereses del precio cuando se ejerce el pacto comisorio (art. 1383); c) la compensación de los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la simple conservación de la cosa en buen estado con los frutos percibidos (art. 2430), etcétera.

II. CONFUSION

1221. CONCEPTO.– La confusión se presenta cuando se reúnen en una misma persona la calidad de acreedor y deudor de la misma obligación. Ello puede ocurrir sea porque tenga lugar una sucesión o transmisión del crédito o de la deuda a la persona del deudor o del acreedor, sea porque vengan a reunirse en una tercera persona las calidades, que se le han transmitido, de acreedor y deudor de la misma obligación (conf. art. 862). Empero no hay confusión cuando pese a la reunión de esas calidades de acreedor y deudor en la misma persona, no corresponden el crédito y la deuda a la misma masa patrimonial: así, por ejemplo, cuando el deudor o acreedor acepta la herencia con beneficio de inventario, con respecto a quien estaba con él ligado por el crédito o la deuda, en cuyo caso no se produce confusión porque el crédito no subsiste en la misma masa patrimonial ya que por la aceptación de la herencia con beneficio de inventario no se confunden los dos patrimonios del causante y del heredero. Esto explica la solución del art. 863 del Código.

1222. NATURALEZA.– Según la concepción tradicional la confusión es un modo de extinción de la obligación. A esa concepción parece atenerse el codificador cuando menciona la confusión entre los modos de extinción enunciados en el art. 724 y asimismo en el art. 862 parte final donde expresa que "la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios".

Sin embargo la comprensión más difundida es la que ya había expresado el jurisconsulto romano Paulo según la cual la confusión es un medio de exención de la persona afectada por la obligación más que un modo de extinción de la obligación misma. En efecto en la confusión se presenta un impedimento para ejercer los derechos a que la obligación se refiere, porque nadie puede exigirse a sí mismo el cumplimiento de la deuda. Pero basta que desaparezca ese impedimento restableciéndose la calidad de acreedor y de deudor en personas diferentes para que sea factible el ejercicio de los derechos a que la primitiva obligación se refería. Esto que está también contemplado por el art. 867 de nuestro Código sería demostrativo

de que la confusión no implica tanto un modo de extinción de la obligación como una *situación de hecho* impeditiva del ejercicio de los derechos del acreedor.

1223. REQUISITOS.– Para que sobrevenga la confusión tienen que concurrir los siguientes requisitos: a) tiene que tratarse de una *obligación única*. Si se trata de dos obligaciones el hecho de que se reúna en una persona la calidad de acreedor y de deudor en una de ellas no produce la extinción por confusión de la otra. Y si se produce la conjunción *recíproca* de las calidades de acreedor y deudor de ambas obligaciones en las personas interesadas ello da lugar a la *compensación* y no a la *confusión*. b) El crédito y el débito aludidos tienen que corresponder a la *misma masa patrimonial* no bastando que se reúnan esas calidades en la misma persona si recaen en patrimonios distintos. Por esa razón no juega la confusión cuando el heredero acepta la herencia *con beneficio de inventario*, en cuya hipótesis se mantienen separados los patrimonios del causante y del heredero (conf. art. 863). c) Finalmente, para que funcione la confusión es menester que la reunión en la misma persona de las calidades de acreedor y deudor de la obligación tenga lugar por *derecho* propio. Por ello no se presenta confusión alguna si el representante de una persona resulta acreedor o deudor de su representado.

1224. CAUSAS DETERMINANTES DE CONFUSIÓN.– El desplazamiento de la calidad de acreedor o de deudor, que produce la confusión, puede tener lugar en razón de una *sucesión universal*, o de una *sucesión singular* (conf. art. 862, que se refiere a la sucesión universal o a cualquier otra causa).

Hay sucesión universal cuando alguien recibe la totalidad o una parte alícuota del patrimonio de otro; así se producirá la confusión si el acreedor recibe en esa masa de bienes la deuda del deudor fallecido, o si el deudor recibe el crédito del acreedor fallecido, o bien "cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor" (conf. art. 862).

Hay sucesión singular cuando se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona (art. 3263, parte final); así se producirá la confusión por esta vía si el deudor se convierte en cesionario del crédito que tenía su acreedor.

Cualquiera sea la causa determinante de la confusión, su efecto será el mismo: producir la extinción de la obligación con todos sus accesorios (art. 862 parte final).

125

1225. Especies.– Según que la reunión de ambas calidades contrapuestas del acreedor y deudor en una persona se refiera a la totalidad o a una parte de la obligación, la confusión será *total o parcial*, (conf. art. 864). Así cuando el acreedor no fuese heredero único del deudor, o el deudor no fuese heredero único del acreedor, sólo habrá confusión parcial, en proporción a la respectiva cuota hereditaria.

Cabe señalar que no juega la confusión parcial, tratándose de obligaciones *indivisibles*. En tal supuesto la confusión es total con respecto a la persona afectada por ella, pero la obligación subsiste intacta con relación a los demás coacreedores o codeudores, ajenos al hecho de la confusión, y que no experimentan impedimento alguno para su cumplimiento.

1226. Derechos pasibles de confusión.– No solamente las obligaciones son susceptibles de paralizarse por la confusión. También los derechos reales resultantes de la desmembración del dominio pueden quedar extinguidos por la consolidación de ellos en una misma persona: así la hipoteca puede desaparecer si el acreedor hipotecario se convierte en propietario del inmueble hipotecado e igualmente sobreviene esa consolidación de derechos desmembrados con motivo de la prenda, las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación. También puede sobrevenir la confusión cuando se mezclan dos cosas distintas de manera de impedir su ulterior separación (conf. arts. 2599 y 2600), e igualmente con respecto a dos inmuebles cuyo deslinde se ha desvanecido (conf. art. 2746).

Todas esas situaciones demuestran que el fenómeno de la confusión no es propio del derecho de las obligaciones sino que también se proyecta en otros sectores del derecho civil. Ello condujo a los redactores del Anteproyecto de 1954 a ubicar este instituto en la Parte General del Código proyectado.

1227. Efectos.– Según el Código Civil la confusión determina la extinción de la obligación con todos sus accesorios (art. 862). Pero ese efecto puede quedar desvanecido si la confusión viniese a cesar por un acontecimiento posterior que restableciera la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, en cuyo caso "las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos, y a todos los accesorios de la obligación" (art. 867). Es lo que demuestra que no se trata de un modo extintivo de la obligación sino de una paralización de los derechos del acreedor mientras no pueda hacerse

valer una relación jurídica que presupone un vínculo entre dos sujetos de derecho, distintos.

1228. Funcionamiento del efecto impeditivo de la confusión. Casos particulares.– Aunque innecesariamente porque bastaban los principios generales para decidir la solución apropiada, el Código ha reiterado ciertas disposiciones particulares en lo concerniente a la confusión.

a) En materia de *fianza* el art. 865 establece que la confusión entre el acreedor y el deudor principal extingue la obligación accesoria del fiador; pero en cambio la confusión del acreedor con el fiador no extingue la obligación del deudor principal. Es una solución reiterativa que no había necesidad de apuntar porque ella resultaba evidentemente de la aplicación del principio de accesoriedad (conf. art. 525). El Código no contempla el caso de que se acumulen en la misma persona las calidades de deudor y fiador. Nosotros pensamos que en ese supuesto, la fianza se extingue de hecho (porque nadie puede ser fiador de sí mismo) pero no de derecho. Por ello el acreedor podrá prevalerse, si le interesa, de los derechos que le confiera la fianza como por ejemplo, las garantías reales o personales que hubiera concedido el fiador (conf. art. 2048).

b) En lo que se refiere al caso de *pluralidad de acreedores o deudores* el art. 864, 2ª parte estatuye que cuando el acreedor no fuere heredero único del deudor o el deudor no fuese heredero único del acreedor, o cuando un tercero no fuese heredero único de ambos, la confusión sólo se produce en la medida de la respectiva porción hereditaria. Aunque el Código sólo contemple la confusión que provenga de la pluralidad de herederos corresponde extender la regla a todos los supuestos de obligaciones divisibles.

Algo semejante ocurre en materia de obligaciones indivisibles (ver *supra*, nº 1225).

c) En materia de *solidaridad* la confusión entre el acreedor solidario y uno de los deudores solidarios sólo extingue la obligación con respecto al deudor afectado: en cuanto a los demás deudores solidarios aquella confusión sólo implica una extinción parcial de la obligación porque seguirán siendo deudores aunque con deducción de la parte que correspondía al deudor afectado por la confusión (conf. art. 866).

Igualmente la confusión que se produjere entre uno de los acreedores solidarios y el deudor sólo extingue el crédito del acreedor afectado por la

confusión subsistiendo los créditos de los demás acreedores solidarios aunque con deducción de la parte que correspondía al acreedor afectado por la confusión (igualmente art. 866).

d) Cuando el acreedor hipotecario adquiere el inmueble hipotecado, la hipoteca se extingue por confusión o consolidación (conf. art. 3198).

Esta situación difiere de la que se presenta cuando el mismo acreedor hipotecario compra el inmueble en remate judicial con citación de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas sobre el inmueble (art. 3196), hipótesis en la cual la hipoteca no se extingue por confusión sino por *realización de la garantía* y traslado del gravamen al precio de venta.

1229. INOPONIBILIDAD DE LA CONFUSIÓN A LOS EMBARGANTES DEL CRÉDITO.– Una limitación del efecto extintivo de la confusión se presenta con respecto a los *embargantes* del respectivo crédito o a quienes tuvieren constituido un *derecho de prenda* sobre el mismo.

Aunque a diferencia del Código italiano, el nuestro no contempla la cuestión, pensamos que la confusión no puede operar en perjuicio de los embargantes o titulares de un derecho de prenda.

Cabe señalar que, si ni siquiera el pago, medio extintivo por excelencia, opera en contra del embargante o del acreedor prendario (conf. art. 736), mal podría pensarse que su derecho pudiese resultar frustrado por la confusión, que es apenas un obstáculo para el ejercicio de la acción del acreedor, pero no para la efectivización del embargo o de la prenda.

1230. CESACIÓN DE LA CONFUSIÓN.– Cuando el obstáculo que impedía el ejercicio de la acción desaparece, cesa la confusión: es lo que ocurre cuando un acto jurídico válido restablece la separación de las calidades de acreedor o deudor reunidas en la misma persona.

En tal supuesto "las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos y a todos los accesorios de la obligación (conf. art. 867).

No se trata aquí de un supuesto de nulidad. Por el contrario, la hipótesis que se contempla es la de una obligación válida, que también por hechos legítimos o actos válidos ha dejado de subsistir por la confusión No obstante ello si ulteriormente se separan las calidades contrapuestas de sujeto activo y pasivo en virtud de un acto jurídico válido, es lógico que desaparezca el efecto peculiar de la confusión.

Por ejemplo se da esta situación en virtud de la partición de la herencia que adjudica el crédito del causante contra un heredero a otro heredero, o que pone a cargo de un heredero la deuda del causante contra otro heredero. En tal caso la confusión causada por la sucesión universal desaparece.

1231. INOPONIBILIDAD DEL CESE DE LA CONFUSIÓN A LOS TERCEROS.– El cese de la confusión no es eficaz con respecto a terceros que pudieran, a causa de ello, sufrir una lesión en sus derechos, es que el cese de la confusión sólo puede resultar de un acto jurídico, cuyo contenido u objeto no puede perjudicar los derechos de un tercero (conf. arts. 953 y 1195, *in fine*).

Así si se ha producido la confusión con respecto a una obligación afianzada y por un acto jurídico se pretende separar las calidades de acreedor o deudor, el cese de la confusión no altera la situación del fiador que había quedado liberado por la extinción de la fianza producida por la confusión (conf. art. 865, 1ª parte; *supra*, nº 1228).

1232. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.– Mientras dura la confusión la prescripción se suspende porque se presenta "una imposibilidad de hecho" para el ejercicio de la acción por el acreedor que no puede demandarse a sí mismo. Por tanto, luego de cesada la confusión, el acreedor que quiera eximirse de la prescripción que hubiera podido cumplirse, debe hacer "valer sus derechos en el término de tres meses" (conf. art. 3980).

III. IMPOSIBILIDAD DE PAGO

1233. CONCEPTO.– La imposibilidad de pago es el último modo de extinción de obligaciones que menciona el art. 724. Tiene lugar cuando la prestación que forma la materia de la obligación viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor (art. 888).

El principio expuesto es reiterativo de varias disposiciones de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, por cuyo motivo lo omiten con referencia al pago los proyectos de reforma orgánica del Código Civil.

1234. MÉTODO DEL CÓDIGO: COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO FRANCÉS.– El Código civil francés no trata de la imposibilidad de pago con relación a cualquier clase de obligaciones sino sólo con respecto a las obligaciones de dar cosas ciertas. Sin embargo la doctrina entiende que la regla legal re-

126

lativa a la pérdida de la cosa debida debe ser extendida a todos los casos en que es imposible cumplir el objeto de la obligación: *imposibillia nulla obligatio*.

Vélez Sarsfield, en cambio, se refiere en el art. 888 a cualquier clase de prestación que resulte legal o físicamente imposible sin culpa del deudor, se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Esta amplitud es la que corresponde aun cuando no cabía dudar de la extensión del concepto ante lo dispuesto por el art. 513 relativo al caso fortuito que en verdad hubiese podido evitar la reiteración de normas en este título, referentes a la imposibilidad del pago.

1235. REQUISITOS.– Para que resulte configurada la imposibilidad de pago deben reunirse los siguientes requisitos:

a) Que el *cumplimiento* de la obligación se haya tornado *imposible*. Es de notar que la imposibilidad ha de ser sobreviniente pues si fuera contemporánea a la constitución de la obligación, ésta no habría podido originarse por falta de objeto. La imposibilidad puede ser física o legal: hay imposibilidad física cuando la ejecución de la prestación debida se ha hecho materialmente imposible, por ejemplo si la cosa debida se ha destruido o si ella ha sido robada; la imposibilidad es legal cuando el ordenamiento jurídico impide que la ejecución pueda practicarse, por ejemplo si se ha convenido la construcción de un edificio de cierta altura y una ordenanza municipal prohíbe luego la elevación de los edificios a la altura estipulada; o también si se produce la expropiación del inmueble que le impide a su vendedor cumplir la obligación de dar una cosa cierta para transferir el dominio de ella. La imposibilidad debe entenderse en un sentido *absoluto* que no depende de las condiciones del deudor sino que objetivamente ha de referirse a cualquier persona que se encontrara en la situación de encarar el cumplimiento debido.

b) El segundo requisito de la imposibilidad de pago ha de ser la *ausencia de culpa* por parte del deudor para llegar a esa situación. Si él fuera culpable no se produciría la extinción de la obligación sino su transformación en la obligación de satisfacer daños y perjuicios (véase *infra*, nº 1239).

c) Finalmente para que se produzca la disolución de la obligación el deudor no debe ser *responsable del caso fortuito*. Así pues no se presentaría esta causal de disolución de la obligación en los casos en que el art. 513 mantiene la responsabilidad del deudor por los casos fortuitos que ocurren por su culpa o luego de haber él sido constituido en mora.

1236. PRUEBA.– Al deudor le compete probar el hecho impeditivo del cumplimiento de la obligación. Si el acreedor considera que subsiste la responsabilidad del deudor deberá a su vez acreditar el presupuesto de hecho de alguna de las excepciones del art. 513. Todavía si pese a su mora el obligado considera que no es responsable, debe probar que "la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor" (art. 892).

1237. COMPORTAMIENTO DEL PRINCIPIO DE IMPOSIBILIDAD EN LAS DISTINTAS OBLIGACIONES.– Luego de sentar el principio de imposibilidad de pago en el art. 888, el codificador ha reiterado algunas soluciones particulares en varias de las disposiciones siguientes:

a) Cuando la prestación consiste en la entrega de una cosa cierta, la obligación se extingue por la pérdida de ella (art. 890).

b) Cuando la obligación tiene por objeto la entrega de una cosa incierta determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie, queda extinguida si se perdiesen todas las cosas comprendidas en ella por un caso fortuito o de fuerza mayor (art. 893). Es que, entonces, se trata de la pérdida de todas las prestaciones que constituyen el objeto de una obligación alternativa.

c) Si la obligación fuese de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie, el pago nunca se juzgará imposible (art. 894): es una consecuencia del consabido principio según el cual el género o la cantidad nunca perece, *genus aut quantitas nunquam perit*. De ahí que si el incumplimiento es imputable a la culpa del deudor, "la obligación se resolverá siempre en indemnización de pérdidas e intereses" (art. 894).

1238. EFECTO EXTINTIVO PECULIAR.– La imposibilidad de pago más que un modo de extinción de la obligación es un supuesto de su disolución. Es lo que hace ver el art. 895 según el cual en los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad de pago, se extingue no sólo para el deudor sino también para el acreedor a quien el deudor debe devolver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida. Es que la imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor repercute sobre el

contrato mismo que había originado la obligación. De ahí que todas las otras obligaciones que reconocieran en el mismo contrato su causa, desaparecen igualmente por la disolución del contrato que se ha operado por la imposibilidad de pago de alguna de las obligaciones que de dicho contrato habían nacido.

1239. TRANSFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN DAÑOS Y PERJUICIOS.– Hasta ahora se ha contemplado una imposibilidad de cumplimiento acontecida sin culpa del deudor. Empero muy distinto es el régimen que corresponde aplicar cuando tal imposibilidad sobreviene por la culpa del deudor. En tal caso según el art. 889, "si la prestación se hace imposible por culpa del deudor, o si éste se hubiese hecho responsable de los casos fortuitos o de fuerza mayor, sea en virtud de una cláusula que lo cargue con los peligros que por ellos vengan, o sea por haberse constituido en mora, la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses".

1240. MEDIDA DE LA RESPONSABILIDAD.– La obligación resarcitoria mencionada en el número anterior puede variar en su extensión según sea el hecho determinante de la responsabilidad.

Como regla general el deudor responsable de un incumplimiento que le es imputable deberá indemnizar el daño que sea consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

Esta medida ordinaria de la reparación se incrementa en caso de dolo, es decir cuando el deudor ha obrado a designio el hecho impeditivo, en cuya hipótesis debe indemnizar también el daño mediato.

También cabría incrementar la indemnización en forma convencional, por el pacto que ha puesto el caso fortuito a cargo del deudor, conviniendo por ejemplo, que el deudor indemnizará el daño mediato aunque no promedie dolo. Inversamente la indemnización podría resultar disminuida por una claúsula limitativa de responsabilidad, que sería válida a menos que dispensara el dolo del deudor.

Por último, puede quedar suprimida la indemnización si pese a sobrevenir la imposibilidad de pago durante la mora del deudor él prueba que "la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor (art. 892).

IV. PRESCRIPCION LIBERATORIA

1241. METODOLOGÍA.– La prescripción está tratada en el Libro Cuarto del Código Civil, Sección Tercera, bajo la denominación "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo". Esto significa que el codificador ha legislado, conjuntamente, la prescripción como modo de adquirir la propiedad y como modo de extinción, o mejor dicho, modificación de las obligaciones. La técnica moderna ha separado dos institutos que en verdad sólo tienen de común entre sí, fuera de la denominación, el transcurso del tiempo como fuerza dinámica operativa de la producción de los efectos a que esos institutos se refieren. Como en lo demás no hay asimilación entre ambas figuras, no se justifica un tratamiento conjunto de ellas. Nosotros nos ocuparemos exclusivamente de la prescripción como modo de extinción o modificación de obligaciones, denominada *prescripción extintiva o liberatoria*.

1242. IDEA GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN: SUS DOS CLASES.– La prescripción es el medio por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la adquisición o modificación sustancial de algún derecho. Según el art. 3947 la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Pero esta fórmula presenta varias fallas.

Por lo pronto ella aparenta indicar una virtualidad adquisitiva con respecto a cualquier derecho y en cambio limita la función extintiva de la prescripción a los derechos creditorios, únicamente. Lo exacto es, en cambio, lo contrario, ya que la prescripción adquisitiva sólo funciona respecto de los derechos reales de goce, y la prescripción extintiva no opera sólo sobre las obligaciones sino sobre toda clase de derechos en general.

Además tampoco es exacto que la prescripción extinga los derechos creditorios, liberando al respectivo deudor: la verdad es que sólo se extingue la acción judicial correspondiente, quedando el derecho relegado a la mínima eficiencia de la obligación natural. Por esto se ha dicho más arriba que la prescripción modifica sustancialmente el derecho sobre el cual incide, ya que al hacerle perder al titular la posibilidad de ejercerlo en justicia, queda la relación jurídica respectiva, aunque subsistente, reducida a una mínima consistencia.

En suma, la prescripción desempeña una doble función en el derecho: es un modo de adquisición de un derecho y entonces se trata de la

127

usucapión o prescripción adquisitiva que se estudia en el curso de los derechos reales; y es un medio de extinción de las acciones correspondientes a los derechos en general. En este segundo sentido la prescripción es extintiva o liberatoria.

1243. CONCEPTO Y ELEMENTOS.– La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho de que el que la entabla ha dejado durante un lapso de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere (art. 3949). De la definición expresada surgen los elementos esenciales de la prescripción:

a) En primer lugar ha de mediar la *inacción* o pasividad de parte del titular que pudiendo hacer valer su derecho no lo ejerce. Esta es la base esencial en que se sustenta la virtualidad extintiva de la prescripción.

b) En segundo lugar ha de transcurrir el *período de tiempo* señalado por la ley para que se produzca la pérdida del derecho creditorio en su calidad de obligación civil, quedando sólo subsistente la obligación natural que era inherente a la relación jurídica establecida.

1244. UTILIDAD Y FUNDAMENTO.– La prescripción liberatoria es un instituto de suma utilidad para la sociedad. Ella estimula a que no se prolonguen las situaciones de incertidumbre jurídica y contribuye así para que reine la tranquilidad y el orden en la sociedad. Por tanto el fundamento de la prescripción reside en el bien común de la sociedad que indica la conveniencia general de liquidar situaciones inestables y de mantener la paz de las familias que no debe ser alterada por la repercusión de hechos ocurridos con mucha antelación. Si durante largo tiempo el posible titular de una acción se ha abstenido de ejercerla, la ley no permite que lo haga cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y hasta es posible la destrucción de los documentos comprobatorios de la extinción del derecho. Impidiendo la utilización de la acción prescripta se da seguridad y fijeza a los derechos, y se aclara la situación de los patrimonios que se ven descargados de las obligaciones prescriptas. Por último, otro motivo a favor de la prescripción es el probable abandono del derecho que la inacción del titular hace suponer.

1245. LA PRESCRIPCIÓN COMO EXCEPCIÓN.– El Código Civil encara a la prescripción como "una excepción para repeler una acción" (art. 3949). Se trata pues de una defensa que el deudor puede oponer ante la pretensión de cobro que intenta el acreedor luego de haber caducado la acción correspondiente a su crédito.

Empero, se ha considerado que también puede promoverse la prescripción por vía de demanda cuando el deudor demuestra el interés legítimo que tiene en que se declare *judicialmente la prescripción* de la deuda para eximirse de los inconvenientes que la nominal subsistencia de ella pudiera irrogarle. Así por ejemplo, si se trata de impuestos prescriptos que por aparecer como deudas impagas en los certificados emanados de las oficinas administrativas pueden dificultar la enajenación de inmuebles sin el previo pago de tales impuestos. La jurisprudencia es abundante a este respecto.

1246. CARACTERES.– Los principales caracteres de la prescripción son los siguientes:

a) Es una *institución de orden público* en cuanto no puede ser renunciada la prescripción futura (conf. art. 3965). Se puede renunciar a la prescripción ya ganada pero no a la prescripción futura, lo cual se explica porque mientras aquélla es una especie de liberalidad que sólo interesa al renunciante, esta otra importa a la sociedad toda que no podría tolerar que los beneficios de la prescripción resultasen anulados por una renuncia anticipada que se convertiría prontamente en cláusula de estilo en todas las convenciones.

b) La prescripción no opera sino a *instancia* del deudor que es el único árbitro de decidir si quiere acogerse a los beneficios que ella le confiere. Si embargo los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción pueden oponerla por vía de acción subrogatoria (véase nota al art. 3963) ya que no se justificaría denegarles ese derecho. Y si el deudor hubiese renunciado a la prescripción ganada, ellos podrían impugnar por vía de acción revocatoria o pauliana tal renuncia, si fuere perjudicial para sus derechos.

c) La prescripción *no es declarable de oficio* por el juez (conf. art. 3964), lo que es una consecuencia de la característica anterior.

d) No implica *condenación en costas*, lo que significa que el demandante a quien se le opone una prescripción puede allanarse a esa defensa sin que corresponda la aplicación de las costas a su cargo, porque él al demandar no podía saber si el deudor querría o no acogerse a la prescripción.

1247. PROHIBICIÓN DE DEFERIR AL JURAMENTO.– En nuestro sistema legal la prescripción no es presuntiva de pago sino extintiva de la acción correspondiente, en miras del interés general. De ahí que se prohiba al acreedor que pueda deferir el juramento del deudor o sus herederos, sobre si sabe o no si la deuda no ha sido pagada (art. 4018). No siendo la prescripción presuntiva de pago, ningún sentido podría tener el deseo de someter al juramento del deudor la cuestión referente al carácter impago de la deuda, lo que sólo podría configurar una mortificación para el deudor o sus herederos, sin consecuencia jurídica alguna.

1248. DERECHO TRANSITORIO: CRITERIO DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LAS LEYES 17.940, 17.709 Y 20.744.– Un problema complejo se plantea cuando estando en curso el plazo de la prescripción una nueva ley altera el término correspondiente.

Esta cuestión tenía una solución bajo el Código de Vélez Sarsfield y tiene otra distinta luego de la ley 17.940. A su vez, la ley 20.744 ha establecido reglas especiales para las obligaciones del derecho laboral.

a) Según el art. 4051, "las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores". Pero si la nueva ley acorta el plazo, queda cumplida la prescripción por el transcurso del nuevo término contado desde el día de la vigencia de aquélla. Esta solución que el art. 4051 arbitraba con respecto a las prescripciones que estaban en curso el 1º de enero de 1871, fecha de entrada en vigor del Código de Vélez Sarsfield, tenía, en verdad, aplicabilidad con respecto a cualquier cambio en los plazos de prescripción.

Ese criterio, que no alteró la ley 17.711 al no derogar el aludido art. 4051, rigió hasta el 12 de noviembre de 1968, fecha de vigencia de la ley 17.940.

b) El art. 2º de la ley 17.490 dispone: "Si los plazos de prescripción que fija la ley 17.711 fueren más breves que los del Código, y hubiesen vencido o vencieren antes del 30 de junio de 1970, se considerará operada la prescripción en esta fecha".

Esta solución es derogatoria del art. 4051. Cuadra, entonces, entender que a partir del 13 de noviembre de 1968 ha dejado de regir ese precepto del Código, quedando las prescripciones pendientes sujetas a los nuevos términos de prescripción, con la particularidad de quedar prorrogados tales plazos hasta el 30 de junio de 1970, si hubieran vencido antes. Es un criterio prudente que conjuga el efecto inmediato de la nueva ley, preconizado por el art. 3º del Código reformado por la ley 17.711, con la conveniencia de eliminar situaciones de sorpresa de las que podrían ser víctimas quienes contasen con un amplio lapso para el ejercicio de la acción judicial correspondiente y lo vieran acortado sustancialmente por la nueva legislación: siempre habrían podido disponer de tiempo útil para ese efecto hasta el 30 de junio de 1970.

c) Apuntaremos algunas observaciones complementarias. En primer lugar, con respecto a los plazos que hubiese alargado la nueva ley, rige esta última, porque eliminando el art. 4051, tácitamente derogado por la ley 17.940 sólo funciona sin cortapisa alguna el efecto inmediato de aquélla, que atrapa las prescripciones pendientes y las sujeta al nuevo término legal sin alterar su punto de partida. Es lo que ocurre con la elevación del plazo de prescripción de la acción por responsabilidad contractual que era de un año en el antiguo art. 4037 y, que ha pasado a ser de dos años luego de la reforma de la ley 17.711.

En segundo lugar, las prescripciones que resultaron cumplidas hasta el 12 de noviembre de 1968 en función de lo dispuesto por el art. 4051, entonces vigente, cumplidas quedan sin verse alteradas por la prolongación que les impusiera la nueva legislación. Es evidente que sería inconstitucional la privación al deudor de la prescripción ya ganada. (arg. art. 17 Const. Nac.).

En tercer lugar, en lo que respecta a la modificación de las causas de suspensión o interrupción de la prescripción, debe señalarse que la nueva ley, que prive de eficacia a ciertos hechos que según la legislación anterior tenían la virtualidad de *suspender o interrumpir* la prescripción, se aplica de inmediato (conf. art. 3º).

d) La ley 17.709 estableció la prescripción de dos años para todas las obligaciones de origen laboral. Como ese plazo implicó la reducción o ampliación de prescripciones que estaban en curso, dicha norma legal estableció las siguientes reglas:

Los plazos que por la legislación anterior debían vencer después de los dos años posteriores a la vigencia de la ley, vencen a los dos años de su vigencia esto es, el 4 de mayo de 1970.

Los plazos que por la legislación anterior debían vencer después de la fecha de vigencia de la ley 17.709, pero antes de los dos años posteriores a esa fecha vencen en la fecha que les correspondía por la legislación anterior.

128

Actualmente la prescripción de estos créditos es de dos años (arts. 256/258, ley 20.744, texto ordenado 1976).

1249. QUIÉNES PUEDEN PRESCRIBIR Y CONTRA QUIÉNES.– Todos los que pueden adquirir pueden prescribir (art. 3950). Ninguna discriminación cuadra hacer entre las personas, sean ellas naturales o de existencia ideal. El Estado general o provincial y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción (art. 3951).

En suma, todas las personas pueden prescribir y también contra todas las personas se puede prescribir, ya que los arts. 3947, inc. 1º, y 3949 no formulan distinción alguna. Tampoco juega exención alguna a favor del Estado, como se ha visto.

1250. ACCIÓN DE LOS ACREEDORES Y OTROS INTERESADOS.– El art. 3963 establece que: "Los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción, pueden oponerla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario". A pesar de la aparente asimilación legal creemos que es diversa la situación de los acreedores y la de los terceros interesados.

Cuando media renuncia a la prescripción ganada, los acreedores pueden impugnarla mediante la acción *revocatoria o pauliana*. Cuando no media renuncia y sólo se trata de suplir la indolencia del deudor, los acreedores pueden hacer valer la prescripción mediante la *acción subrogatoria*.

Los terceros interesados no son acreedores y no disponen del ejercicio de ninguna de estas acciones. Por ello pensamos que es admisible que por vía de una acción directa y en nombre propio deduzcan una prescripción que el deudor no ha articulado. Lo contrario implicaría legitimar el abuso de derecho que supone que el deudor no oponga una prescripción cuando de ello se sigue perjuicio a un tercero (por ejemplo el garante real de una deuda).

Por el contrario si el deudor ha renunciado a la prescripción ganada, el tercero interesado, que no es acreedor y no dispone de la acción pauliana, no puede atacar esa renuncia.

1251. OBJETO: DERECHOS Y ACCIONES PRESCRIPTIBLES. PRINCIPIO DE PRESCRIPTIBILIDAD.– Como principio general todos los derechos son prescriptibles con excepción de los que la ley exceptúa (art. 4019).

Este principio no es absoluto pues la propia ley señala excepciones y además hay hipótesis en que la excepción fluye de la propia caracterización que hace la ley de ciertas acciones aunque expresamente no las declare imprescriptibles.

Las excepciones, sin embargo, no desvirtúan el carácter del principio general que resulta especialmente útil para resolver los supuestos dudosos: basta que se dude sobre la imprescriptibilidad de determinada acción para que corresponda concluir que es prescriptible, por aplicación del principio aludido.

1252. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PRESCRIPTIBILIDAD: a) *Derechos indisponibles*; b) *acciones de estado*; c) *acciones reivindicatoria y negatoria*; d) *acción de deslinde*; e) *levantamiento y utilización de muros y cercos divisorios*; f) *acceso a la vía pública y construcción de acueductos*; g) *acción de partición*; h) *acción del ausente para recuperar sus bienes*; i) *acción de separación de patrimonios*; j) *acción de nulidad absoluta*; k) *facultades legales y oposición de excepciones*; l) *quid de la acción de simulación*.

Examinaremos ahora las acciones que por expresa disposición de ley o por su propia naturaleza resultan imprescriptibles.

a) *Derechos indisponibles*: Cuando el titular de un derecho patrimonial está impedido por la ley para efectuar su enajenación, ese derecho es imprescriptible; así el derecho a alimentos no se pierde por la inacción del titular. Si se admitiera la prescripción se consentiría indirectamente la disposición del derecho que se produciría por la inactividad del interesado.

b) *Acciones de estado*: Las acciones de reclamación e impugnación de estado no se pierden por la inacción del titular. Este principio que el Código señala con respecto a la filiación (art. 4019, inc. 2º) debe extenderse a toda acción de estado siempre que quien la intente sea el propio titular.

No obstante la imprescriptibilidad, en algunos casos la ley establece términos de caducidad breves, que impiden desvirtuar el estado de la persona admitido hasta entonces, como por ejemplo la acción de desconocimiento de la paternidad que caduca si el marido no la deduce dentro de los sesenta días de haber tenido conocimiento del parto (art. 254).

c) *Acciones reivindicatoria y negatoria*: Las acciones que corresponden a derechos reales perpetuos son imprescriptibles, carácter que es

propio de la reivindicación: si el dominio es perpetuo (conf. art. 2510, 1ª parte) es lógico que la acción mediante la cual se lo hace valer no sea susceptible de prescripción (conf. art. 4019, inc. 1º).

Por la misma razón también es imprescriptible la acción *negatoria* que compete al propietario de un inmueble para recabar en todo tiempo el reconocimiento de que el dominio permanece en su integridad y exento de toda servidumbre (art. 4019, inc. 4º).

En uno y otro caso la imprescriptibilidad de estas acciones no obsta a los derechos que un tercero pueda adquirir en virtud de la usucapión.

d) *Acción de deslinde*: Aunque la imprescriptibilidad de esta acción no está enunciada por el art. 4019, ella fluye de su propio carácter. La zona de confusión de límites se reputa común de los propietarios linderos, y siendo imprescriptible la acción de división de condominio lo propio corresponde decidir con respecto a la acción de deslinde que resulta asimilada a aquélla.

e) *Levantamiento y utilización de muros y cercos divisorios*: A este respecto cuadra distinguir la facultad de levantar un muro divisorio encaballado sobre el linde de los terrenos contiguos, y la posibilidad de utilizar el muro privativo construido por el otro lindero que son derechos cuya imprescriptibilidad admiten la doctrina y los proyectos de reforma a pesar del silencio del código, del crédito de medianería resultante del aprovechamiento o utilización de la pared costeada por otro, que es, como cualquier crédito, susceptible de prescripción.

f) *Acceso a la vía pública y construcción de acueductos*: El Código declara imprescriptible "la acción del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas para pedir el paso de ellas a la vía pública" (art. 4019, inc. 6º). Este derecho se materializa mediante la constitución de una *servidumbre de paso* por el camino más corto. Aunque el Código no menciona la *servidumbre de acueducto*, ésta se encuentra en una situación análoga a la anterior (conf. art. 3082, 1ª parte) y por ello la doctrina la considera imprescriptible; lo propio deciden los proyectos de reforma.

g) *Facultades legales y oposición de excepciones*: Las simples facultades de que dispone el titular de un derecho, se entienden que no viven independientemente de ese mismo derecho y por tanto no prescriben mientras el derecho exista: así, por ejemplo, la facultad de construir un edificio en el propio terreno no se pierde por el hecho de que durante largo

tiempo el propietario no haya utilizado esa opción comprendida en el cúmulo de prerrogativas correspondientes a su derecho de dominio.

Pero es de notar que lo dicho acerca de las "facultades" se refiere a las facultades legales, mas no a las convencionales, las cuales constituyen derechos independientes *per se estante*: verbigracia, la facultad de ejercer una opción concedida por un contrato que es susceptible de prescripción.

También son imprescriptibles las excepciones o defensas que permiten desvirtuar la validez o eficacia de un derecho, mientras transcurra el tiempo sin que este derecho se haga valer. El excepcionante opone a la demanda, para sostener la legitimidad de la situación de hecho existente, una pretensión de invalidez o de ineficacia que él no estaba precisado a promover, ni a tomar la iniciativa al respecto.

Así por ejemplo, si se celebra un acto jurídico por la violencia utilizada para forzar el consentimiento de uno de los contratantes, mientras el otro no intente ejecutar el acto no corre la prescripción de la acción de nulidad que siempre es posible articular, por vía de excepción, cuando se pretenda hacer valer el acto inválido.

h) *Quid de la acción de simulación*: Siendo el acto simulado un acto inexistente correspondería decidir que la acción de simulación es imprescriptible, y que en cualquier tiempo puede accionarse para desvanecer una constitución de derechos puramente aparente. No es ése el régimen del Código, pues el art. 4030 (agregado introducido por la ley 17.771) sujeta a la prescripción de dos años la acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado.

Sin embargo como el plazo se cuenta desde "que el aparente titular del derecho hubiere intentado desconocer la simulación" (mismo artículo), hay que concluir que de hecho la acción es imprescriptible mientras no se desconozca la situación oculta.

i) *Acción de partición*: Cuando alguien es partícipe de una copropiedad de bienes, dispone de una acción para hacerla cesar y obtener la adjudicación del interés exclusivo que le corresponde. Tal acción de partición de bienes comunes es imprescriptible y puede ejercerse cualquiera sea el tiempo que haya perdurado el estado de indivisión (conf. art. 4019, inc. 3º).

j) *Acción del ausente para recuperar sus bienes*: Aunque el Código no la enuncie entre las acciones imprescriptibles del art. 4019, no se duda de que tiene ese carácter la que compete al ausente para recuperar los bie-

129

nes que luego de la declaración de su fallecimiento presunto hubiesen sido entregados a sus herederos.

k) *Acción de separación de patrimonios*: Esta acción está mencionada entre las imprescriptibles por el art. 4019, inc. 5º. Aunque este precepto se refiere a las cosas muebles, también se aplica a los inmuebles (art. 3443).

Cabe observar por lo demás que es impropio hablar de imprescriptibilidad, ya que configurando la acción de separación de patrimonios un privilegio (conf. *supra*, nº 345) no tiene vida propia ni puede ejercerse después de prescripto el crédito al cual accede.

l) *Acción de nulidad absoluta*: La doctrina y la jurisprudencia están contestes en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, pese a la omisión de este supuesto en la nómina del art. 4019.

Cabe advertir que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad no se opone a la usucapión de las cosas que hubieren sido entregadas en virtud del acto afectado de nulidad absoluta.

1253. INICIACIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN.– En cuanto al punto de partida de la prescripción, el art. 3956 dispone que la prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación.

Este precepto considera las relaciones jurídicas puras y simples, es decir, las que no están sometidas a accidentes o modalidad alguna. Ellas acuerdan al titular la facultad de hacer valer su derecho desde su misma constitución. A partir de ese momento el titular está habilitado para ejercer la acción respectiva, y si permanece inactivo, paralelamente a su inacción la prescripción sigue su curso.

Pero cuando el derecho del titular no está expedito, por ejemplo, si está sometido a plazo u otra contingencia que traba el ejercicio actual de la acción, ésta no está en curso de prescripción, simplemente porque aún no ha nacido. Es el principio romanista *actio non nata, non prescribitur* que domina esta materia.

Por otra parte el comienzo de la prescripción depende de la índole del derecho de que se trata y es independiente de las circunstancias personales del titular del respectivo derecho. Ahora bien, si éste por razón de esas circunstancias personales ha estado impedido para interrumpir la prescripción pendiente, esas circunstancias personales son computables no para demorar el comienzo de la prescripción, sino para evitar que ella

quede consumada, si luego de desaparecido el impedimento aquél actúa en el inmediato término de tres meses (conf. nuevo art. 3980). Por aplicación de estos principios se ha decidido que el damnificado por un hecho ilícito que es ignorante de lo sucedido queda dispensado de la prescripción consumada en su perjuicio, si luego de tener conocimiento del daño sufrido demanda el pertinente resarcimiento dentro de los tres meses inmediatos.

1254. SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.– La suspensión y la interrupción de la prescripción son fenómenos que alteran el curso de la misma.

La *suspensión* consiste en la detención del tiempo útil para prescribir por causas concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción en curso de prescripción. Mientras actúa la causa que opera la suspensión el lapso que transcurre es inútil para prescribir, pero en cuanto dicha causa cesa de obrar el curso de la prescripción se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión (art. 3983). Por ello se ha dicho con razón que la prescripción "duerme" mientras actúa el factor determinante de la suspensión.

La *interrupción* de la prescripción inutiliza el lapso transcurrido hasta ese momento. Consiguientemente, acaecido un hecho interruptivo de la prescripción, se requerirá el transcurso de un nuevo período completo sin poder acumularse el tiempo anterior (conf. art. 3998).

De lo expuesto resulta la diferencia que separa a la interrupción de la suspensión. Mientras ésta mantiene la eficacia de la prescripción pendiente, si bien detenida en su curso, la interrupción produce un efecto más intenso, borrando por completo el tiempo transcurrido.

1255. QUIÉNES PUEDEN INVOCAR Y CONTRA QUIÉNES LA SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.– La suspensión de la prescripción constituye un favor excepcional concedido en beneficio de ciertas personas que no puede extenderse a otras situaciones diversas no contempladas en la ley. Es lo que dispone el art. 3981: "el beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, o contra las personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus cointeresados o contra sus cointeresados".

Por aplicación de esta norma un acreedor solidario no puede invocar la suspensión de la prescripción que favorece a su coacreedor por la situación particular en que éste está encuadrado.

Pero la regla precedente no rige en cuanto a las obligaciones indivisibles (art. 3982).

En cuanto a la interrupción igualmente sólo produce efectos respecto de las personas directamente relacionadas con el hecho interruptivo. Así lo dispone el art. 3991, según el cual la interrupción de la prescripción causada por demanda judicial no aprovecha sino al que la ha entablado y a los que de él tengan su derecho.

Por excepción el principio de relatividad de la interrupción de la prescripción no se aplica cuando se trata de obligaciones solidarias (conf. art. 3994) u obligaciones indivisibles (conf. art. 3996). Igualmente la demanda interpuesta contra el deudor principal o el reconocimiento de su obligación interrumpe la prescripción contra el fiador, pero la demanda interpuesta contra el fiador o su reconocimiento de la deuda no interrumpe la prescripción de la obligación principal (art. 3997). Es la solución impuesta por el principio de accesoriedad que consagra el art. 525.

1256. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.– Los hechos que dan lugar a la suspensión de la prescripción son los siguientes: 1) El *matrimonio* (arts. 3969 y 3970); 2) la *imposibilidad de obrar* calificada por ley (arts. 3972 y 3973); 3) la imposibilidad proveniente de *fuerza mayor* (art. 3980); 4) la *intimación de pago* al deudor (nuevo art. 3986, 2ª parte).

Es de notar que con anterioridad a la ley 17.711 de reforma del Código Civil, era una causa de suspensión de la prescripción la incapacidad del titular del respectivo derecho y aun la calidad de menor emancipado que él tuviese. Luego de la reforma introducida en el art. 3966, esa causa de suspensión ha desaparecido, y funciona sólo a favor de los incapaces carentes de representante legal una dispensa de prescripción, si es que ésta ha quedado consumada durante el tiempo de la incapacidad y los antiguos incapaces articulan la acción respectiva dentro de los tres meses siguientes a la adquisición de la capacidad (conf. nuevos arts. 3966 y 3980, conjugadamente).

1257.– El *vínculo matrimonial* influye en dos supuestos para determinar la suspensión de la prescripción. Por lo pronto la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente (art. 3969). Esta última solución está controvertida entre nosotros cuando el divorcio ha disuelto el vínculo, no obstante lo cual algunos autores han sostenido, por la redacción restrictiva que tiene el art. 31 de la ley 14.394, apartado 2º, que aun entonces subsiste la suspensión de la prescripción entre los antiguos esposos.

Fuera de ello la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiese a pleitos, o a satisfacer daños e intereses (art. 3970). Por ejemplo, si el marido vende una casa robada a un extraño y éste a su vez la vende a la esposa del primero: producida la reivindicación de la cosa por el propietario nace a favor de la mujer una acción de daños y perjuicios contra su transmitente. Pero esa acción redunda contra el marido, ya que el extraño puede a su turno accionar contra él. Luego la acción a favor de la mujer se mantiene con la prescripción en suspenso.

1258.– La *imposibilidad de obrar calificada por la ley* está consignada en el art. 3972, según el cual la prescripción no corre contra el heredero que ha aceptado la *herencia con beneficio de inventario*, respecto de sus créditos contra la sucesión. Es una disposición que se explica con facilidad, pues aceptada la herencia con beneficio de inventario el heredero resulta titular de un patrimonio especial constituido por el acervo hereditario y destinado en primer término a solventar las deudas del causante. Enjugadas éstas, el saldo se incorpora al patrimonio general del heredero y deja de existir el patrimonio especial. Pero este proceso requiere un cierto tiempo, durante el cual el heredero actúa como titular de su propio patrimonio general y del patrimonio especial, situación que lo pondría en la necesidad de demandarse a sí mismo. Por esta imposibilidad, la prescripción de sus créditos queda en suspenso, como también la prescripción de sus deudas con el causante (conf. art. 3974) y por la misma razón.

Otra situación similar se plantea en materia de *tutela* o *curatela*, a cuyo respecto la prescripción de las acciones de los tutores o curadores contra los menores y las personas que están bajo curatela, como también las acciones de éstos contra los tutores y curadores no corren durante la tutela o curatela (art. 3973).

1259.– La *fuerza mayor* tiene también su incidencia en el régimen de la suspensión de la prescripción. Un principio fundamental del orden jurídico indica que nadie está obligado a lo imposible: *ad imposibilia nemo tenetur*. Lógicamente si el titular de un derecho ha estado impedido por circunstancias de hecho para ejercer la respectiva acción durante todo el tiempo de la prescripción, no se puede considerar a ésta cumplida. Por

130

ejemplo, el insano no declarado que por su enfermedad deja cumplir una prescripción.

En tal sentido dispone el art. 3980: "Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses".

Es de notar que se trata de una causa de suspensión que funciona de una manera anómala. De ordinario el hecho que determina la suspensión inutiliza para la prescripción todo el tiempo durante el cual ha obrado, de modo que una vez cesado, el curso de la prescripción se reanuda por todo el término legal faltante (conf. art. 3983). Aquí no ocurre así, pues el lapso del impedimento material es útil para prescribir; sólo que si la prescripción se cumple en ese período, el titular del derecho queda eximido de ella si acciona dentro del plazo de caducidad de tres meses siguientes al cese del impedimento. Más que una suspensión es una prolongación de la prescripción que cubre hasta ese lapso adicional de tres meses que se ha mencionado.

1260. MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 17.711.– La ley 17.711, modificada en este aspecto por la Ley de Fe de Erratas 17.940, ha creado un nuevo factor de suspensión de la prescripción que consiste en la *intimación de pago* que le dirija el acreedor al deudor (conf. nuevo art. 3986, 2ª parte).

Esta causa de suspensión tiene las siguientes características: a) tiene que ser practicada "en forma auténtica", o sea por un medio de comunicación que no permita dudar de su efectividad y fecha cierta, por ejemplo un telegrama colacionado o una notificación por escribano público; b) sólo tiene eficacia suspensiva la *primera* exigencia de pago en aquellas condiciones que se dirija al deudor ("por una sola vez", dice el nuevo art. 3986); c) la eficacia de esta causa de suspensión es *transitoria*: "sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción" (nuevo art. 3986, *in fine*). Pasado ese plazo se reanuda el curso de la prescripción que había quedado detenido.

Es de observar que esta causa de suspensión está desubicada, porque aparece no en el capítulo I del título de la prescripción, dedicado a la "suspensión", sino en el capítulo II, que trata de la "interrupción" e integra el art. 3986, que ha comenzado ocupándose de éste último fenómeno. Es que

la ley 17.711 enfocó a la interpelación del acreedor como una causa de interrupción, aunque pasajera, y sólo la ley 17.940 le dio su fisonomía actual. Ello explica aquella desubicación.

El art. 257 de la ley 20.744 (t.o. 1976) establece que sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Civil, la reclamación ante la autoridad administrativa interrumpe la prescripción durante el trámite por un plazo máximo de seis meses.

1261. HECHOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN.– Las causas que producen la interrupción de la prescripción son las siguientes: 1º) La interposición de la *demanda judicial*; 2º) el *compromiso arbitral* convenido por los interesados; 3º) el *reconocimiento* expreso o tácito de la obligación, hecho por el deudor.

a) Según el art. 3986, "la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio".

Por *demanda judicial* debe entenderse toda presentación hecha ante el juez, por la cual se intente hacer valer alguna pretensión del titular referente al derecho de que se trate: verbigracia, reclamo del pago del capital o sólo de los intereses, articulación de medidas precautorias, como embargos o inhibición general de bienes, o de medidas preparatorias del juicio ejecutivo, como citación para reconocer documentos, o pedidos de concursos o quiebras, etcétera. Por lo demás el efecto interruptivo de la prescripción que produce la demanda subsiste aunque la presentación se haga ante juez incompetente o ella sea nula por defecto de forma o por incapacidad del demandante. Tampoco requiere la notificación de la demanda, bastando su sola *interposición* para que se interumpa la prescripción.

Contrariamente no producen efecto interruptivo las *demandas privadas* por concluyente que sea su prueba, ni tampoco las gestiones hechas ante la administración pública, a menos que éstas sean de sustanciación previa indispensable para la deducción de la demanda judicial.

Cesa el efecto interruptivo de la demanda y por consiguiente se reanuda el curso de la prescripción, sin solución de continuidad, desde el momento inicial: a) cuando el demandante desiste de la acción interpuesta, lo que importa la extinción de la relación procesal trabada, sin afectar la existencia del crédito: b) cuando se produce la perención o caducidad de la instancia que tiene lugar en el Código Procesal Civil y Comercial de

la Nación si el litigante abandona el procedimiento judicial durante el lapso de seis meses en primera o única instancia o de tres meses si el procedimiento es sumario o sumarísimo, o tramita en segunda o tercera instancia. La caducidad o perención de la instancia determina la extinción del proceso y tiene por objeto liberar a los tribunales del peso muerto que significan los pleitos paralizados por la inacción de los litigantes; c) cuando se dicta un pronunciamiento que absuelve al demandado sin entrar al fondo del asunto. Es claro que si se tratara de una absolución definitiva el pronunciamiento haría cosa juzgada y quedaría aniquilado el derecho que la sentencia ha desconocido.

b) El *compromiso* hecho en escritura pública sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de árbitros interrumpe la prescripción (art. 3988). Aunque la disposición contempla directamente a la prescripción adquisitiva o usucapión no hay inconvenientes en extender su aplicación a la prescripción liberatoria.

c) La prescripción es interrumpida por el *reconocimiento* expreso o tácito que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquél contra quien prescribía (art. 3989). Por ejemplo, si el deudor hace un pago parcial, que por el efecto recognoscitivo del pago (conf. art. 721) interrumpe la prescripción con respecto al remanente de la deuda.

1262. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN.– Hemos tratado este tópico en el número 1254, adonde remitimos al lector.

1263. PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN: VARIEDAD DE PLAZOS; EXPLICACIÓN.– Los plazos de la prescripción son de lo más variados. Según sea la *causa* de la obligación le será aplicable un cierto término de prescripción, que en el sistema de Vélez Sarsfield oscilaba entre veinte años y dos meses.

Luego de la reforma del Código Civil del año 1968, el plazo máximo de la prescripción liberatoria se ha reducido a *diez años* (conf. nuevo art. 4023) sin distinción entre presentes y ausentes.

Se ha criticado la multiplicidad de plazos de prescripción y en verdad, en un plano teórico, sería preferible una mayor simplificación y un menor número de categorías.

Sin embargo, la variedad de plazos de prescripción responde a la peculiar idiosincracia de cada pueblo, a lo que se agrega que el legislador en trance de reforma, ha preferido no introducir modificaciones que pudieran afectar la estabilidad jurídica.

1264. TÉRMINO ORDINARIO: ELIMINACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE PRESENTES Y AUSENTES.– Los derechos creditorios que no tuvieren un plazo especial de prescripción designado por ley prescriben a los diez años. Es lo que dispone el art. 4023: "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial".

Con anterioridad a la ley 17.711 el Código distinguía entre presentes y ausentes: tratándose de personas presentes en el mismo distrito, es decir, domiciliadas en la misma provincia, el plazo general de prescripción era de diez años; pero si ambas partes de la relación obligacional no se domiciliaban en el mismo distrito, la prescripción se extendía a veinte años. Era una distinción que no se justificaba en nuestro tiempo por la facilidad de las comunicaciones que acortan las distancias. De ahí que la ley 17.711, con acierto, haya sentado un criterio uniforme para esas situaciones, similar al que ya regía en materia comercial (conf. art. 846 del Cód. de Comercio).

1265. APLICACIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DEL TÉRMINO ORDINARIO: ENUNCIACIÓN.– El Código no se ha limitado a establecer el principio general de la prescriptibilidad decenal sino que ha enunciado además algunos supuestos concretos en los que se aplica. Aunque esto pudiera parecer una redundancia, el criterio no deja de tener utilidad ya sea para eliminar dudas en cuanto al plazo aplicable o bien para excluir la idea de la imprescriptibilidad.

Enunciaremos estos supuestos junto con los que han señalado la doctrina y la jurisprudencia.

Así se aplica el plazo ordinario: a) a las deudas hipotecarias; b) a las acciones relacionadas con la tutela o curatela (art. 4025, 1ª parte); c) a la acción del usufructuario para entrar en el goce de su derecho (art. 4026); d) a la acción de garantía entre copartícipes (arts. 3513 y 2698); e) a la *actio judicati*, es decir la acción tendiente a hacer valer una sentencia de condena; f) al crédito por medianería que corresponde a quien construye una pared, a sus expensas en el linde separativo de su propiedad y la del vecino; g) a la acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato; h) a las acciones por cumplimiento de contrato; i) a las acciones por resolución, rescisión y revocación de contratos; j) a la acción de nulidad relativa; k) a la acción por cobro del precio del bien expropiado convenido por las partes o fijado por sentencia; l) a las acciones que se abren con motivo de la sucesión como las de colación o reducción; ll) a las

acciones por cobro de impuestos salvo que las leyes que los crean establezcan un plazo menor.

1266. QUID DE LA PETICIÓN DE HERENCIA: ACCIÓN ÚTIL O REGULAR.– Es sumamente controvertida la prescriptibilidad de la acción de petición de herencia que es aquella por la cual se pretende el reconocimiento de la calidad de heredero o sucesor universal. Se controvierte si la acción es prescriptible y en su caso, cuál es el plazo de prescripción

Creemos que debe distinguirse la acción *útil* de la *regular*.

a) La acción *útil* de petición de herencia, que se entabla en razón del fallecimiento presunto del causante, prescribe a los diez años de haber quedado sin efecto la prenotación prevista en el art. 30 de la ley 14.394 (nuevo art. 4024 del Código Civil según el texto introducido por la ley 17.711).

b) En cuanto a la acción de petición de herencia *regular* entablada en caso de muerte comprobada del causante, el Código no trae un precepto especial, lo que ha originado controversias. Para la doctrina dominante la petición de herencia es imprescriptible pudiendo sólo verse paralizada por una usucapión contraria. Para otra opinión que es minoritaria en nuestro derecho la acción esta sujeta a la prescripción extintiva del art. 4023.

1267. PLAZOS ESPECIALES.– En ciertas situaciones determinadas la ley ha designado plazos distintos y variables según los casos. Esos plazos varían desde cinco años hasta dos meses. Fuera de ello los arts. 4020 y 4021 enuncian lapsos prolongados hasta de treinta años, pero es de notar que esas prescripciones largas no se aplican a los derechos creditorios que ahora examinamos.

1268. PRESCRIPCIÓN QUINQUENAL.– "Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos: 1º De pensiones alimenticias; 2º Del importe de los arriendos, bien sea la finca rústica o urbana; 3º De todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos" (art. 4027).

En cuanto a los alimentos atrasados, un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal ha decidido que la inactividad del acreedor por alimentos puede hacer presumir, según los casos, la falta de necesidad para cobrarlos, en cuyo caso caducaría el derecho respectivo, todo ello independientemente de la prescripción de cinco años establecida por el Código Civil.

1269. EXCEPCIONES: DEUDA ÚNICA FRACCIONADA; REMUNERACIONES LABORALES, JUBILACIONES Y PENSIONES; IMPUESTOS.– La prescripción quinquenal no rige en los siguientes supuestos:

a) *Deuda única fraccionada*: En cuanto a las cuotas fraccionadas de una deuda única una abundante jurisprudencia establece que están al margen del art. 4027, inc. 3º, y sólo se rigen por el término de prescripción que corresponda según sea la causa de la obligación. Acá el crédito nace por entero desde que se lo constituyó y el transcurso del tiempo sólo puede influir en la exigibilidad de las cuotas, pero no en la existencia de aquél.

b) *Remuneraciones laborales*: Con anterioridad a la ley 17.709 regía la prescripción quinquenal para todas las remuneraciones laborales excepto los supuestos de los incisos 3º y 5º del art. 4035. En la actualidad todas ellas sin excepción están sujetas al plazo de prescripción establecido por la ley 20.744 (texto ordenado en 1976) que es de *dos años*.

c) *Jubilaciones y pensiones*: El derecho de obtener jubilación o pensión es imprescriptible, por su carácter alimentario (conf. art. 88, ley 18.037). En cambio el cobro de jubilaciones o pensiones ya devengadas prescribe *al año* si bien la presentación de la solicitud ante la Caja interrumpe la prescripción (art. 88, 2ª parte). Los haberes devengados con posterioridad a la solicitud del beneficio prescriben a los *dos años* (art. 88, 3ª parte).

d) *Impuestos*: Tampoco rige para los impuestos y contribuciones la prescripción quinquenal. En cuanto a los *impuestos nacionales* el art. 1º de la ley 11.585 fija el término de *diez años*, salvo para los recargos por mora que prescriben a los *cinco años*. Los impuestos que percibe la Dirección General Impositiva sobre la base de declaraciones juradas prescriben a los cinco años porque así lo dispone el art. 53 de la ley 11.683.

En cuanto a los *impuestos provinciales*, si nada dispone la ley de creación, están sujetos a la prescripción decenal ordinaria; no resulta aplicable la prescripción quinquenal por ausencia de periodicidad ya que cada año representa una deuda independiente de la del año anterior.

En cambio, prescriben a los cinco años las deudas por los servicios prestados por O.S.N. (Cám. Nac. Civil en pleno, *E.D.*, t. 103, pág. 553).

1270. PRESCRIPCIÓN DE CUATRO AÑOS: SUPUESTO LEGAL.– El plazo de prescripción de cuatro años contemplado por el art. 4028 sólo se aplica a la acción de *reducción* en una hipótesis particular: cuando un heredero

forzoso que ve disminuida su porción legítima, objeta la demasía que en su menoscabo ha sido atribuida a otro coheredero, mediante una partición hecha por el ascendiente por donación o testamento.

En cambio, si la acción se dirige contra los legatarios para disminuir la cuantía de los legados que exceden de la porción disponible o contra terceros a quienes el causante hubiese, en vida, donado bienes con igual exceso, no rige aquella prescripción sino la decenal o ordinaria.

1271. PRESCRIPCIÓN BIENAL; APLICACIONES LEGALES: ENUNCIACIÓN.– Se rigen por la prescripción de dos años las siguientes acciones:

a) La acción de nulidad de los actos jurídicos, por violencia, intimidación, dolo, error o falsa causa (art. 4030, 1ª parte).

b) La acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa (art. 4030, 2ª parte, agregada por la ley 17.711), aplicable también a los terceros (Cám. Nac. Civil en pleno, *E.D.*, t. 101, pág. 181).

c) La acción de nulidad de actos jurídicos obrados por incapaces (conf. art. 4031).

Es de advertir que en los demás supuestos de acción de nulidad no contemplados en los arts. 4030 y 4031, la prescripción de esa acción es de diez años, de acuerdo con lo prevenido en el art. 4023, segunda parte.

d) La obligación de pagar: 1º) a los jueces árbitros o conjueces, abogados, procuradores y toda clase de empleados en la administración de justicia, sus honorarios o derechos (art. 4032, inc. 1º). Pero si los honorarios han sido regulados por sentencia la prescripción que corresponde es de diez años a partir del momento en que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada; 2º) a los escribanos los derechos de las escrituras o instrumentos que autorizasen; 3º) a los agentes de negocios sus honorarios o salarios; 4º) a los médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos (art. 4032).

e) La acción por responsabilidad civil extracontractual (nuevo art. 4037). Es de notar que toda otra acción por daños y perjuicios que no provenga de un hecho ilícito prescribe a los diez años.

1272. HONORARIOS PROFESIONALES POR PLEITO INCONCLUSO.– Cuando no ha concluido el pleito, ni tampoco ha cesado la actuación del abogado

o procurador, no resulta aplicable la prescripción bienal mencionada en el número anterior. Aquí el Código eleva el plazo de prescripción a cinco años, que se cuentan "desde que se devengaron los honorarios o derechos si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago" (art. 4032, inc. 1º, parte final).

Para la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia, que nosotros compartimos, en este supuesto la prescripción en curso se interrumpe con cada trabajo y sólo se cumple con respecto a todos los trabajos anteriores por la inactividad del interesado que se ha mantenido durante cinco años.

1273. DAÑOS Y PERJUICIOS EMERGENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: QUID DEL DESCONOCIMIENTO DEL DAÑO.– La prescripción de la acción de daños y perjuicios comienza a computarse a partir de la fecha de ocurrencia del daño cuya reparación se persigue. Puede ocurrir sin embargo que el damnificado ignore la ocurrencia del acto ilícito, o a la persona del autor o la existencia del daño, en cuyo caso ha de establecerse que influencia tiene ese desconocimiento sobre el régimen de la prescripción.

Para una tendencia muy difundida el desconocimiento aludido impediría el curso mismo de la prescripción, que recién comenzaría a contarse a partir del momento en que el damnificado tuviese conocimiento de su derecho. No la compartimos porque pensamos que está desautorizada por los principios generales que gobiernan el curso de la prescripción (ver *supra*, nº 1253).

Por ello pensamos que el desconocimiento constituye una *imposibilidad del accionar* para interrumpir la prescripción que cae dentro de la aplicabilidad del art. 3980. Así aunque desde la fecha del daño hubiese transcurrido el plazo de la prescripción, el titular quedará eximido de ella si después de haber conocido la existencia del acto ilícito, o la persona del autor o el daño sufrido, él "hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses".

1274. PRESCRIPCIÓN ANUAL.– Prescriben en el término de un año las siguientes acciones:

a) La acción de los acreedores para pedir la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos (art. 4033).

b) La acción para pedir la revocación de un legado o donación por la injuria hecha al difunto o donante por el legatario o donatario (art. 4034).

132

c) La obligación de pagar: 1º) A los posaderos y fonderos, la comida, habitación, etcétera; 2º) a los dueños de colegios o casas de pensión, el precio de la pensión de sus discípulos y a otros maestros el del aprendizaje; 3º) a los maestros de ciencias y artes el estipendio que se les paga mensualmente; 4º) a los mercaderes, tenderos, o almaceneros, el precio de los efectos que venden a otros que no lo son, o que aun siéndolo, no hacen el mismo tráfico; 5º) a los criados de servicio que se ajusten por año, o menos tiempo, a los jornaleros y oficiales mecánicos, el precio de sus salarios, trabajo o hechuras (art. 4035).

1274 bis. TRANSPORTE.– Las acciones derivadas del contrato de transporte se prescriben por un año en los transportes realizados en el interior de la República y por dos años en los dirigidos a cualquier otro lugar (art. 855, Cód. de Comercio).

1275. PRESCRIPCIÓN DE SEIS MESES.– Prescribe en el lapso de seis meses la acción del comprador para rescindir el contrato o pedir indemnización de la carga o servidumbre que sufra la cosa comprada, y de que no se hizo mención en el contrato (art. 4040).

En cuanto al derecho del propietario ribereño para reivindicar los árboles y porciones de terrenos arrancados por la corriente de los ríos, caduca en el plazo de seis meses (art. 4039). Pero ése no es un caso de prescripción liberatoria.

1276. PRESCRIPCIÓN DE TRES MESES.– Se prescribe por tres meses la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta y la acción para que se baje del precio el menor valor por el vicio redhibitorio (art. 4041).

Finalmente, los arts. 4042 y 4043 contemplan prescripciones de dos meses que se aplican a ciertos derechos de familia. Estos artículos fueron derogados por la ley 23.264.

1277. CAMBIO DE PLAZO DE CIERTAS PRESCRIPCIONES BREVES: DISCUCIÓN Y CRÍTICA; PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.– Cuando el deudor otorga al acreedor un reconocimiento escrito de la deuda por cierto monto con respecto a las obligaciones de tracto sucesivo mencionadas en los arts. 4027, 4032 y 4035, ese reconocimiento no sólo interrumpe la prescripción en curso sino que a partir de ese momento se produce la interversión del término de la prescripción: deja de ser aplicable la prescripción bienal y comienza el curso de la prescripción decenal ordinaria.

Es lo que resulta del art. 4036 que dispone: "En todos los casos de los tres artículos anteriores, corre la prescripción, aunque se hayan continuado los servicios, y sólo dejará de correr, cuando haya habido ajuste de cuenta aprobada por escrito, vale o escritura pública, o hubiese mediado demanda judicial que no haya sido extinguida".

Indicaremos las cuestiones a que haya dado lugar el confuso texto del artículo y las razones que nos llevan a interpretarlo en el sentido indicado.

a) Se ha controvertido cuál es el ámbito de aplicación de la norma legal: toda vez que los arts. 4033 y 4034 no se refieren a prestaciones de tracto sucesivo como lo hace el art. 4035, la regla que estudiamos no se aplica a "los tres artículos anteriores". Aunque no hay unanimidad en doctrina pensamos que el estudio de las fuentes del Código y la propia lógica indican que los artículos realmente aludidos además del 4035 son el 4027 y el 4032, pues los tres contemplan prestaciones de la misma naturaleza.

b) La primera regla contenida en el art. 4036, esto es que la continuidad de los servicios no suspende el curso de la prescripción de servicios anteriores impagos, no suscita dificultades puesto que se trata de deudas independientes entre sí.

c) El reconocimiento de la deuda que el deudor otorga al acreedor hace que la prescripción bienal deje de correr, esto es que se interrumpa. Como no se trata de créditos imprescriptibles a partir de ese momento comienza a correr un nuevo plazo de prescripción. Ha sido muy controvertido determinar el plazo aplicable.

Para una primera opinión se aplicaría nuevamente la prescripción bienal en razón de que no ha variado la causa de la obligación. Una segunda opinión sólo admite la interversión cuando se ha producido una novación. Ambas opiniones presentan el inconveniente de que la solución propuesta fluye de los principios generales, lo que tornaría inútil la norma del art. 4036 cuyo sentido hay que desentrañar.

Para la opinión que ha prevalecido en la doctrina y jurisprudencia, a la que adherimos, la antigua prescripción corta ya no resulta aplicable pero como no puede pensarse que el crédito se transforme en imprescriptible, cabe concluir que le es aplicable la prescripción decenal ordinaria.

d) Los actos de interrupción mencionados por el art. 4036 son el ajuste de cuenta y la demanda judicial.

Creemos sin embargo que sólo el ajuste de cuenta, es decir el reconocimiento escrito de la obligación puede producir el doble efecto de inte-

rrumpir la prescripción e intervertir el término. La mera demanda, en cambio, interrumpe la prescripción sin que comience a correr un nuevo plazo mientras no sea desistida o perima la instancia o se dicte sentencia. Si la sentencia admite la pretensión, entonces sí se producirá la interversión pero por el efecto propio de la sentencia que origina una pretensión de cumplimiento, o actio judicati, sujeta a la prescripción decenal ordinaria.

e) El efecto del art. 4036 es pasible de crítica. Nada hay en las obligaciones de prestaciones sucesivas de particular, que sugiera la conveniencia de elaborar para ellas un régimen especial, en virtud del cual cuando media reconocimiento escrito de la deuda ello produce la sumisión de la obligación al plazo decenal ordinario.

Por ello todos los proyectos de reforma integral del Código Civil han eliminado esa interversión del plazo primitivo de la prescripción.

1278. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN.– El vencimiento del término de la prescripción produce automáticamente la caducidad de la acción correspondiente, siempre que ello sea alegado por el deudor. En efecto, la prescripción destruye la obligación civil por el solo transcurso del término, si el deudor la invoca, puesto que a éste no se le impone la extinción de su obligación, sino se le autoriza a que haga valer la prescripción liberatoria, ya bajo la forma de una defensa o excepción (conf. art. 3949), ya bajo la forma de una acción por la cual el deudor se adelante a solicitar la declaración judicial de estar liberado civilmente de la deuda, a mérito de la prescripción operada. La sentencia que así lo reconozca no es constitutiva de la extinción civil de la deuda, sino declarativa de que ello ha acontecido al vencimiento del término de la prescripción.

Luego del vencimiento del término respectivo de prescripción la obligación sólo subsiste como obligación natural.

1279. OPORTUNIDAD DE LA ARTICULACIÓN: LEY 17.711.– Acerca de este tópico la ley 17.711 ha introducido una variante importante.

Con anterioridad al 1º de julio de 1968 la prescripción podía oponerse en cualquier instancia y en todo estado del juicio anterior al tiempo en que las sentencias hubieran pasado en autoridad de cosa juzgada; pero ante los tribunales superiores no podía oponerse sino resultaba probada por instrumentos presentados o testigos recibidos en primera instancia (antiguo art. 3962).

Después del 1º de julio de 1968 la prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla (nuevo art. 3962). Por consiguiente, pasada la

oportunidad queda cancelado el derecho de alegar la prescripción por presumir la ley, irrefragablemente, es decir, mediante una presunción *juris et de jure* que el interesado ha renunciado a la prescripción que había ganado anteriormente.

1280. QUIÉNES PUEDEN OPONER LA PRESCRIPCIÓN.– Desde luego el *deudor* y cuando él es remiso en cuanto a su derecho de alegar la prescripción, pueden hacerlo en su nombre todos los *acreedores* suyos y cualquier *interesado* en hacer valer la prescripción (art. 3963). Pero si el titular del derecho hubiese renunciado a la prescripción, entonces quien fuere perjudicado por ello tendría que entablar una acción revocatoria o pauliana para que tal renuncia quedara sin efecto y consiguientemente jugase la interrupción de la prescripción que él mismo hubiera articulado (conf. art. 3963, parte final).

1281. RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN.– Todo el que puede enajenar puede remitir la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo (art. 3965).

Esto significa que es viable la renuncia al derecho de oponer una prescripción ya cumplida que ha transformado la obligación civil en meramente natural: sería una liberalidad que realizaría el deudor desprendiéndose del derecho de alegar la prescripción. Pero no se acepta la renuncia a una prescripción futura, porque tal acto lesionaría el interés público en que la institución de la prescripción se basa.

Para renunciar a la prescripción cumplida hay que tener plena capacidad. Por consiguiente, los incapaces enunciados en los arts. 54 y 55 del Código no son hábiles para efectuar tal renuncia, que sería nula por defecto de capacidad (conf. arts. 1040, 1041 y 1042).

En cuanto al perfeccionamiento de la renuncia a la prescripción ganada, como cualquier especie de renuncia, se produce con la aceptación expresa o tácita del acreedor. Hasta ese momento el deudor que hubiera efectuado una renuncia podría retractarla sin inconvenientes (conf. art. 875).

1282. CLÁUSULAS QUE AMPLÍAN O ABREVIAN EL PLAZO.– A este respecto corresponde efectuar una distinción.

a) Las cláusulas que amplían el plazo de la prescripción ordinaria no son válidas porque contravienen el principio de orden público según el cual las acciones para exigir el cobro de los créditos en general tienen una vida limitada. Si se admitiera libertad para ampliar los plazos legales se

vulneraría el principio de interés general en que la prescripción se funda. Empero no hay objeción en que las partes sustituyan el plazo legal de prescripción por otro convencional, siempre que no exceda el término decenal ordinario. Tampoco habría inconveniente en que pendiente el curso de la prescripción renunciara el deudor a hacer valer el lapso transcurrido y se conviniera por las partes que el plazo legal tendría que computarse desde ese momento en adelante.

b) En cuanto a las cláusulas que abrevian el plazo de la prescripción son válidas porque coincide el interés general de liquidar prontamente las situaciones pendientes con el acuerdo de las partes en ese sentido. Pero ante la duda de saber si el convenio acorta el período de la prescripción hay que concluir que subsiste el plazo legal a ese respecto.

1283. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD: CONCEPTO Y DIFERENCIAS.– La caducidad es una institución que tiene gran semejanza con la prescripción cuando funciona en razón del tiempo, pero que no se confunde con ella. Bajo ese enfoque la caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares.

Con relación a los derechos que son afectados por la caducidad, la oportunidad de su ejercicio constituye una circunstancia esencial. Si en general, los derechos acuerdan un cúmulo de prerrogativas que pueden ser ejercidas opcionalmente por su titular en el tiempo que éste estima oportuno, por el contrario hay ciertos derechos que no acuerdan a su titular esa facilidad sino que caducan cuando no se ejercen en un término fijado de antemano. Se trata de prerrogativas a cuyo ejercicio se señala un término preciso, que nacen originariamente con esa limitación de tiempo, de modo que no se pueden hacer valer después de transcurrido el plazo respectivo.

1284. COMPARACIÓN DE LA CADUCIDAD CON LA PRESCRIPCIÓN.– Del concepto expresado en el número precedente resultan las analogías y diferencias existentes entre la caducidad y la prescripción.

Por lo pronto la semejanza sustancial de ambas instituciones consiste en que ambas funcionan por el transcurso del tiempo.

Pero las diferencias son varias:

1º) La caducidad extingue el derecho, en tanto que la prescripción no extingue el derecho sino la acción judicial correspondiente. Esta, que es la diferencia esencial, muestra cómo la caducidad produce un efecto más intenso. El derecho caduco carece ya de toda existencia, mientras el derecho prescripto sobrevive disminuido en su eficiencia, en el carácter de obligación natural.

2º) La prescripción es una institución general que afecta a toda clase de derechos, de modo que para que ella funcione se requiere la norma excepcional que exima de la prescripción a tal o cual acción determinada. A la inversa la caducidad no es una institución general, sino particular de ciertos derechos, los cuales nacen con una vida limitada en el tiempo.

3º) La prescripción puede verse suspendida o interrumpida en su curso, en tanto que la caducidad no. Es que para ésta última es tan esencial el ejercicio del derecho en un tiempo preciso, que no se concibe que el término pueda prolongarse en obsequio a circunstancias particulares de alguien, tales como imposibilidad de hecho para actuar, incapacidad no suplida por la representación adecuada, etcétera.

4º) En cuanto al origen y fundamento, la prescripción siempre proviene exclusivamente de la ley interesada en liquidar las situaciones pendientes en un tiempo razonable, para que la inacción o el abandono de los titulares de derechos no incida desfavorablemente en las relaciones sociales trabadas en una época ulterior, en la que las personas pueden ya haber destruido la documentación referente a los pagos y otros medios de extinción del pretendido derecho. La caducidad, por el contrario, no se origina sólo en la ley, sino que puede resultar de la convención de los particulares. Pero en cualquier caso, no se funda en aquella necesidad de orden social, sino en la peculiar índole del derecho sujeto al término prefijado el cual no se puede concebir más allá de ese mismo término.

5º) Finalmente, ambas instituciones suelen diferenciarse porque los plazos de prescripción son, de ordinario, relativamente prolongados, mientras que los términos de caducidad, son por lo general, muy reducidos. Esa misma diversa duración de los lapsos respectivos condice con el fundamento de una y otra institución.

1285. PRINCIPALES CASOS DE CADUCIDAD.– Los plazos de caducidad son *legales o convencionales*. Los primeros se originan en la disposición de la ley, los segundos emanan de la voluntad de los particulares.

A su vez los plazos de caducidad legales pueden tener su fuente en el derecho de fondo o en la ley de forma.

Entre los principales plazos de caducidad enunciados por el Código Civil mencionaremos los siguientes: el término para desconocer la legitimidad del hijo (arts. 254 y 258); el término que extingue el derecho a anular el matrimonio en ciertos casos (art. 220, inc. 4º); el término para hacer valer el pacto de retroventa incluido en un contrato de compraventa (art. 1381); el término para inscribir retroactivamente la hipoteca (art. 3137), etcétera.

Los términos de caducidad procesales son numerosísimos, tales como los referentes a la contestación de la demanda; la deducción de excepciones previas, la interposición de recursos de apelación, nulidad y revocatoria; la expresión de agravios. Se dividen en términos perentorios y no perentorios: los términos perentorios son aquellos cuyo vencimiento por sí solo causa la pérdida del derecho inactuado; los términos no perentorios son aquellos que requieren para producir este efecto el acuse de rebeldía de la contraparte y la consiguiente declaración judicial, después de lo cual no podrá hacerse valer el derecho que se ha dejado de usar. Por eso son términos de caducidad.

1384

SECCION SEGUNDA

FUENTES EXTRACONTRACTUALES DE LAS OBLIGACIONES

Capítulo X

VOLUNTAD UNILATERAL

1286. Controversia doctrinaria.– Se ha discutido si la *voluntad unilateral* del deudor constituye una fuente autónoma de obligaciones. Si así fuese la obligación surgiría por la sola existencia de la voluntad del obligado de satisfacer la prestación que él ha comprometido, con independencia de la voluntad del acreedor de aceptar la promesa.

1287. Teoría positiva.– Esta teoría se apoya en varios argumentos: a) en primer lugar se mencionan distintos supuestos de obligaciones que se estiman originadas en la sola voluntad del deudor, tales como títulos al portador, promesas públicas, etcétera, b) en segundo lugar, la aceptación del acreedor sería necesaria para el nacimiento de su crédito pero no para la formación de la obligación; c) en tercer lugar no habría objeción racional para admitir la *creación* de la obligación por acto unilateral del obligado, desde que se admite que pueda haber atribución de la propiedad para sí por la voluntad del ocupante; d) asimismo, se arguye que todo acto de voluntad es unilateral en cuanto sólo puede provenir de una persona determinada: el "consentimiento" contractual sería una ficción, ya que en el fondo lo que hay son manifestaciones de voluntad del ofertante y del aceptante, siempre unilaterales; e) finalmente se ha considerado que siempre la causa-fuente de la obligación es un hecho al que la ley le atribuye el nacimiento de la obligación, sea un contrato, un delito o cuasi-delito, o la expresión de la voluntad unilateral. Por ello no habría razón para desconocer a esta última como fuente autónoma de obligaciones.

1288. Teoría negativa.– La opinión prevaleciente rechaza la virtualidad de la voluntad unilateral como causa eficiente de la obligación, señalando que los argumentos de la teoría positiva no son convincentes: a)

por lo pronto el análisis de los casos particulares que se atribuyen al poder de creación de la voluntad del obligado, muestra que siempre es menester la manifestación de la voluntad del acreedor para el perfeccionamiento del vínculo obligacional hasta cuyo momento no ha nacido la obligación como derecho subjetivo patrimonial, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico pueda enlazar ciertas consecuencias al solo comportamiento obrado por el promitente; b) en segundo lugar, no cabe decir que nace la deuda con la sola voluntad del deudor que la anuncia y que el crédito del acreedor nace cuando éste acepta la promesa del obligado, pues la obligación es una sola e involucra simultáneamente ambos aspectos activo y pasivo, no pudiendo haber una deuda que no corresponda a un crédito o viceversa, pues *deuda y crédito* son denominaciones de la misma relación jurídica, a la que se la enfoca desde la mira del deudor o del acreedor; c) es por entero inconvincente la asimilación de la obligación al derecho real para extraer de ella la posibilidad de originar por la sola voluntad del deudor el vínculo obligacional, así como puede bajo ciertas circunstancias originarse el dominio por la sola voluntad del ocupante; d) se ha dicho con razón que "la pretensión de reducir el contrato a la suma de dos actos individuales de oferta y aceptación carece de todo fundamento"; e) la asimilación que se hace de la voluntad unilateral, al contrato, al delito y al cuasidelito, para concluir que todos esos hechos pueden ser caracterizados como fuentes de obligaciones cuando la ley los reputa tales, es objetable desde un doble punto de vista: en cuanto magnifica la función de la ley que solo excepcionalmente cabe identificar como causa-fuente de alguna determinada obligación, y en cuanto desconoce la fuerza jurígena ínsita en ciertos hechos (contrato, delito, cuasidelito) que proviene de la propia naturaleza de las cosas y que el mismo legislador no puede dejar de reconocer.

Como la voluntad unilateral carece, por sí misma, del poder de crear un vínculo obligacional si la ley no se lo hubiera conferido en ciertos supuestos, nuestra mente no la eleva al rango de causa-fuente de algunas obligaciones, calificación que en tales casos reserva a la misma ley que discrecional y circunstancialmente le atribuyó ese poder.

En suma, es evidente que la sola voluntad del acreedor carece de aquella posibilidad y que no podría atribuirse a alguien una deuda que él no quisiera asumir o que la ley no le hubiera impuesto (conf. art. 19, Const. Nac.). Y en igual situación se encuentra el deudor quien por su sola voluntad es impotente para generar un crédito que el respectivo acreedor no desea recibir.

A ese argumento teórico que aparece como insoslayable, se une la verificación de no haber influencia causal de la sola voluntad unilateral del obligado en los distintos casos que se suelen enunciar como demostrativos de esa posibilidad. Es lo que procuraremos mostrar en los desarrollos que siguen.

1289. OFERTAS CONTRACTUALES.– Las *ofertas de contrato*, en algunas de sus variantes, han dado pie para que algunos autores las estimasen como obligaciones causadas por la voluntad unilateral del proponente u ofertante. Una oferta de contrato puede ser retirada mientras no haya sido aceptada (conf. art. 1150). Pero este principio, admite dos excepciones, a saber: a) cuando el proponente ha *renunciado* a retractar la oferta, a la que se ha dado carácter *irrevocable*; b) si el ofertante se hubiera obligado a mantener la oferta durante un lapso determinado (conf. art. 1150). Como se advierte en ambos supuestos de excepción juega una *renuncia a la retractación*, variando sólo el *tiempo* de duración de dicha renuncia que en un caso es un plazo *determinado* y en el otro *indeterminado*. Empero lo que es preciso dejar en claro, desde ya, es que una renuncia definitiva, sin límite de tiempo, a la posibilidad de retirar la oferta sería *nula* por infringir el art. 953, en cuanto ella resultaría contraria "a la libertad de las acciones" del proponente. No es concebible que éste pudiera estar cohibido indefinidamente en su libertad de no contratar, ni pensar que él debiese quedar atado a su oferta durante toda la vida.

Sin embargo, para que se presenten estos supuestos es menester que la persona a la cual se dirigía la oferta de contrato hubiese aceptado la renuncia del proponente a retirar la oferta. Pues la renuncia es un acto bilateral (véase *supra*, nº 1185) que sólo se perfecciona por la aceptación del beneficiario (conf. art. 868 *in fine*) y "puede ser retractada mientras no hubiera sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace" (art. 875).

Lo expuesto significa que no es la voluntad unilateral del proponente la causa del deber de mantener una oferta por un cierto tiempo, el cual no hubiese existido si no se le hubiera aceptado la renuncia o la posible retractación, aceptación que es la verdadera causa que impone al oferente la necesidad de esperar una respuesta hasta el vencimiento del respectivo plazo.

Por otra parte, el destinatario de una oferta contractual incumplida, tiene acción resarcitoria por el perjuicio sufrido a raíz de la retractación injustificada de dicha oferta.

135

1290. PROMESAS PÚBLICAS.– Estas son actos jurídicos unilaterales por los cuales el agente se compromete a satisfacer una prestación a favor de quien realice el hecho impuesto como condición.

La promesa pública se caracteriza por los siguientes elementos: 1) un sujeto identificado que se ofrece como deudor de una prestación generalmente consistente en la entrega de una suma de dinero; 2) un sujeto no identificado a quien se reputa futuro acreedor de la referida prestación si cumple la condición anunciada; 3) la previsión de un hecho futuro, a cuya realización se subordina el nacimiento de la obligación; 4) el anuncio público de la promesa por un medio de comunicación masiva, a fin de incitar a la realización del hecho erigido como condición.

Para una tendencia doctrinaria la causa de la obligación prometida reside en la voluntad unilateral del promitente. Esta concepción resulta refutada por la incongruencia de sus consecuencias. En efecto, si la obligación existe desde que hizo la promesa el promitente, cuando nadie la ha recogido por desinterés, imposibilidad de practicar el hecho condicionante, etcétera, se viene a reconocer un vínculo entre el deudor y nadie, lo cual resulta insólito.

En cambio para otra corriente doctrinaria, que estimamos acertada, la promesa pública da lugar a la obligación asumida por el promitente cuando ocurre la *aceptación* del acreedor. Empero la promesa pública es un acto unilateral polivalente porque no sólo configura una *oferta contractual* sino puede ser un acto de *culpa in contrahendo* que comprometa al promitente por los daños que pueda causar a terceros.

a) Por lo pronto, entraña una *oferta contractual*, que se dirige a personas relativamente determinadas, que son las que estando en condiciones de recibir el llamado efectuado por el promitente, están también en situación de poder cumplir el hecho condicionante de la prestación prometida. Por tanto, el art. 1148 no quita virtualidad a la promesa pública como oferta contractual, que puede dar pie a la *conclusión del contrato*, luego de la aceptación de la otra parte, la cual puede ocurrir antes o después de la ejecución por ésta del hecho previsto por el promitente como presupuesto de la adquisición de la prestación prometida por él.

b) Asimismo la promesa pública si no se la mantiene en los estrictos términos en que, según la buena fe de los terceros, fue formulada, configura un *acto de culpa in contrahendo* que compromete al promitente por los perjuicios que ellos puedan experimentar. Esto significa, que como oferta contractual implícita que es, durante el período anterior a la aceptación puede la promesa pública configurar una conducta culposa, que da lugar a la aplicabilidad del art. 1109. Mientras la promesa dirigida al público no ha sido aceptada por alguien que se propone hacer lo necesario para ganar la recompensa ofrecida, el promitente puede revocarla. La revocación torna estéril cualquier aceptación que le fuere enviada ulteriormente al promitente.

En cuanto al *efecto* de la revocación, por un lado retrae la voluntad del promitente e impide el nacimiento de la obligación ofrecida; por otro lado compromete la responsabilidad de aquél por los *daños y perjuicios* que causare la frustración de la promesa.

1291. PROMESA DE RECOMPENSA POR RESTITUCIÓN DE COSA PERDIDA.– Esta es una especie particular de *promesa pública* que ha sido regulada, aunque mínimamente, por el Código Civil. En efecto, el art. 2536, segunda parte, referente al hallazgo de una cosa perdida dice: "Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que la halló puede elegir entre el premio del hallazgo que el juez regulase, y la recompensa ofrecida".

Como salvo esta mínima referencia –y la alusión del art. 2532– no hay nada que aclare sobre la eficacia y alcance de esta particular especie de promesa pública, le son aplicables por lo tanto los criterios expuestos precedentemente.

A ello cabe agregar que aunque el dueño de la cosa extraviada no haya formulado promesa de recompensa alguna, el art. 2533 le da derecho al hallador "a una recompensa por el hallazgo". Esto significa que logrado ese hallazgo, quien lo ha efectuado "puede *elegir* entre el premio del hallazgo que el juez regulase, y la recompensa ofrecida" (art. 2536, 2ª parte).

El hallador, puede esperar para hacer la opción hasta conocer la regulación de la recompensa por el juez. No podría ser obligado a definirse antes porque la ley le concede claramente un *derecho de opción* que supone el conocimiento de la alternativa. Por lo demás queda excluida toda posibilidad de acumular ambos beneficios.

1292. CONCURSOS.– El llamado a concurso para el discernimiento de premios o nombramiento para el desempeño de cargos es una figura que en nuestro derecho no cuenta con una reglamentación especial, por lo que la solución de las distintas cuestiones resulta de la aplicabilidad en lo pertinente de los principios y criterios que ya hemos estudiado y a los que nos remitimos: véase *supra* número 1289.

En los países que han reglado el régimen de los concursos como Alemania (art. 661 de su código), Portugal (art. 463), Perú (art. 1821) y Brasil (art. 1516), las obligaciones impuestas a quien hace el llamado a concurso tienen su causa-fuente en *la ley* que discrecionalmente las ha establecido para procurar en esa materia un orden justo.

En los países que como el nuestro carecen de esa reglamentación específica, cuadra hacer una distinción: 1) con posterioridad al cierre del concurso se anuda entre los presentantes y el organizador un *contrato innominado* que impone a las partes las obligaciones previstas en las bases del concurso, y las que resultan de la celebración y ejecución de buena fe del llamado a concurso (conf. art. 1198, 1ª parte); 2) con anterioridad a aquel momento se está sólo en presencia del acto unilateral del organizador del concurso que tiene aptitud, en cuanto pudiera ser calificado como culpable, para generar la responsabilidad *in contrahendo* de aquél por los daños al interés negativo que la frustración del concurso pudiera ocasionar a terceros sin culpa de ellos.

1293. TÍTULOS AL PORTADOR.– Son títulos al portador los documentos justificativos de obligaciones pagaderas a quien presente el documento al cobro. Tales títulos exhiben una variante de la obligación, en la cual sólo el deudor está identificado, quedando el acreedor relativamente determinado por la posesión del documento representativo del crédito: de ahí que recién queda identificado el acreedor en el momento del pago que el deudor satisface contra la entrega del documento original.

Una variante del título al portador está constituida por el *título a la orden*: se trata de un instrumento que documenta una obligación a favor de determinada persona, *o a su orden*, lo cual significa que será pagadera a quien presente el documento al cobro, siempre que éste sea el acreedor originario o que el presentante lo haya recibido de él *por endoso*, que se configura por la firma de dicho acreedor al dorso del documento (cheque, pagaré, vale, etc.).

Algunos autores han presentado los títulos al portador como un supuesto de creación de la obligación por la voluntad unilateral del deudor. Pero la obligación del firmante del documento surge con la *negociación* del mismo y desde ese momento hay un acreedor de la obligación porque ha mediado un *contrato* entre él y el deudor. Si el acreedor se hubiese negado a recibir el documento por ejemplo, un cheque, no habría surgido la obligación luego ésta se funda en el *acto bilateral o acuerdo* de las partes. Cuando el título al portador se entrega por el deudor al acreedor a cambio

de la contraprestación que éste le ha satisfecho –por ejemplo, si le da un pagaré para cubrir el precio de una cosa que ha comprado– es bien claro que la causa de la obligación documentada no es la voluntad unilateral del deudor sino el contrato que celebraron las partes. Igual conclusión corresponde si la entrega del título al portador se hace sin contraprestación alguna, pues, entonces, responde a la *donación o liberalidad* que ha querido hacer el deudor, que también es un *contrato o acto bilateral* porque a nadie es dable imponerle un beneficio que no quiere recibir (arg. art. 1792).

En suma, lo que importa en este asunto es la verificación de que no hay *existencia* de la obligación documentada en un título al portador, si no concurre la voluntad de la persona no identificada, de aceptar la calidad de acreedor. Luego, hay necesidad lógica de concluir que la causa-fuente de donde proviene dicha obligación reside en la *voluntad común* de acreedor y deudor quedando excluida la sola voluntad de este último.

1294. BILLETES DE LOTERÍA.– Esta es una especie de título al portador *condicional*. El billete de lotería comprueba un crédito del poseedor contra la institución que organiza la lotería, que está subordinado al hecho futuro e incierto de resultar premiado el número del billete. Desde que el billete fue vendido la obligación condicional existe, aunque no haya quedado identificado el acreedor. El ulterior sorteo podrá hacer que la posesión del billete se convierta en un título efectivo de adquisición del premio o que tal título se desvanezca por el fracaso de la condición, como si la obligación "nunca se hubiera formado" (art. 548).

1295. TESTAMENTOS.– Se ha creído ver en los legados testamentarios, en cuanto obligaciones impuestas por el testador a sus herederos una muestra de la eficiencia causal de la voluntad unilateral. Un legado es una obligación a cargo del heredero (deudor) y a favor del legatario (acreedor). Pero no cabe decir que la causa-fuente de tal obligación sea la voluntad unilateral del testador porque dicha obligación no se perfecciona cuando la rechaza el legatario (conf. art. 3804). Y tampoco es indiferente la voluntad del heredero quien puede no aceptar la calidad de deudor del legado rechazando la herencia.

En suma, es dable aseverar que la causa-fuente del legado, como obligación, es un hecho complejo constituido por la *voluntad oferente* del testador que cobra vigencia a su muerte (conf. art. 952) en conexión con la *voluntad aquiescente* del legatario que se presume efectiva mientras no conste la repudiación del legado (conf. art. 3804 *in fine*). En cuanto a la

136

voluntad del deudor aparece como un hecho condicionante de la adquisición de la herencia. Todo ello muestra la inaplicabilidad de la voluntad unilateral a esta hipótesis particular.

1296. GESTIÓN DE NEGOCIOS.– Hay gestión de negocios cuando alguien sin mandato del interesado se inmiscuye en los asuntos de éste y los gestiona en nombre propio (conf. art. 2288). En la obligación que tiene el gestor de continuar y acabar el negocio (conf. art. 2290), de conducirse útil y diligentemente (conf. arts. 2291 y 2297) y de rendir cuentas de su gestión (conf. art. 2296) se ha creído ver el funcionamiento de la eficiencia causal de la voluntad unilateral del deudor. La doctrina dominante considera que en los casos mencionados la causa-fuente de la obligación es la ley. Pues si la causa fuese la voluntad del gestor, no habría obligación cuando de hecho él no tuviera la voluntad de seguir el negocio hasta el fin, de actuar con diligencia, etcétera. Sin embargo, la ley no distingue y siempre le impone tales obligaciones, aunque las ignorara el gestor: *error juris nocet*. Adviértase que el gestor no estaba obligado a intervenir; pero si interviene, la ley le impone ciertas obligaciones con independencia de que él haya querido asumirlas. Luego, está claro que la causa-fuente de tales obligaciones no reside en la voluntad del deudor sino en la ley que las impuso.

1297. ESTIPULACIÓN POR TERCERO.– Hay estipulación por tercero cuando alguien conviene con otro que éste habrá de satisfacer una prestación a favor de un tercero (conf. art. 504).

Es muy claro que en este supuesto la causa de la obligación del promitente no reside en su sola voluntad, sino en el contrato concertado con el estipulante, en conexión con la *voluntad aquiescente* del tercero que acepta el beneficio.

1298. DECISIONES COLEGIADAS.– Una hipótesis que se ha caracterizado como de eficiencia causal de la voluntad unilateral, en materia de obligaciones, sería la emisión de nuevas acciones, decidida por la asamblea de una sociedad anónima, que da preferencia para la suscripción a los actuales accionistas. La voluntad unilateral de la sociedad, expresada por su asamblea, sería idónea para crear la preferencia en la suscripción que sería un derecho perteneciente a los socios actuales pese a su desconocimiento de tal calidad.

El ejemplo expuesto no corresponde a obligación alguna que haya nacido por voluntad unilateral. Por lo pronto porque no hay obligación sino oferta para constituirla, la cual siempre emana de la sola voluntad de alguna de las partes: es una oferta que se hace a personas no identificadas –si se trata de acciones al portador– pero determinadas por la calidad de titulares de antiguas acciones. No ha de extrañar que tal oferta sea, de hecho, ignorada por algunos posibles interesados, o que otros no la acepten, pese a conocerla, por los más variados motivos. Lo que importa es destacar que la obligación de adjudicar las nuevas acciones a los accionistas a quienes interese esa suscripción *sólo nace* con la aceptación de éstos y consiguiente conclusión del contrato de suscripción. No hay, entonces, obligación que tenga su causa-fuente en la voluntad unilateral.

1299. FUNDACIONES.– Es otra hipótesis en la cual se ha creído advertir la influencia de una voluntad unilateral. Es indudable que el acto de fundación de la persona jurídica en este caso emana de la voluntad del fundador, pero ella no crea por sí sola las obligaciones que pudiere contemplar el estatuto de la fundación que, de cualquier modo, no serían a cargo del fundador sino de ese ente que él ha creado. Pero adviértase que el estatuto no recibe su fuerza exclusivamente de la voluntad del fundador sino conjuntamente de la voluntad del Estado que le ha conferido a la persona jurídica su situación de sujeto de derecho.

La ley 19.836 referente a fundaciones torna *irrevocable* la promesa de donación hecha por el fundador en el acto constitutivo *"a partir de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica"* (art. 5º, 1ª parte de dicha ley).

El precepto le crea al fundador la *obligación de mantener* la promesa de donación, a fin de dar oportunidad a la *aceptación* del donatario. Es una importante modificación de la directiva del art. 1793 del Código Civil que rige a favor de las fundaciones.

La *causa-fuente* de esa obligación de no hacer –no revocar la promesa de donación– es la *ley* puesto que con anterioridad a la sanción de la ley 19.836 no existía.

Finalmente, y con respecto a la causa-fuente de la obligación de satisfacer el legado instituido a favor de la fundación futura (art. 3735), cabe señalar que ella radica en la conjunción de la voluntad oferente del testador con la voluntad aquiescente de la fundación, expresada por ésta luego de la obtención de la personería jurídica.

1300. CAUCIÓN REAL O JURATORIA.– La caución que puede ser real o juratoria, es una garantía que los códigos procesales exigen para cubrir los perjuicios que eventualmente puedan causar las medidas precautorias que se solicitan, por ejemplo, si se decreta un embargo preventivo que impide durante un lapso prolongado la disponibilidad de un bien. Como no se celebra un contrato entre quien presta la caución y el órgano judicial, se ha pensado que se está en presencia de una obligación fundada en la voluntad unilateral del deudor.

No nos parece que éste sea un enfoque acertado. La caución es una obligación accesoria como contracautela de la medida precautoria decretada: el deudor es el que presta la caución; el acreedor es el eventual damnificado por la medida que lo traba en su desenvolvimiento y que finalmente puede resultar injustificada. La *causa-fuente* de esa obligación es la *ley* que la impone para mantener el equilibrio entre los litigantes: pues si bien le concede a uno que pueda trabar provisionalmente la libre administración del otro, para que el posible reconocimiento de su derecho no resulte ilusorio, lo obliga también a suministrar una garantía que sea suficiente para cubrir los eventuales daños que pueda sufrir ese otro litigante por una traba en su actividad que no sea justificada. La voluntad del deudor de la caución es incomputable como causa de la obligación asumida, pues él querría prescindir, desde luego, de esa imposición para alcanzar su objetivo, lo que la ley no le permite. Luego, el compromiso de la caución sólo indica la realización de un presupuesto legal condicionante de la medida precautoria pedida por quien otorga la caución.

1301. RECONOCIMIENTO DE DEUDA.– El reconocimiento de deuda ha sido estudiado por nosotros *supra* números 960 y siguientes. Allí se explicó que si bien es un acto jurídico unilateral (*supra*, nº 962 a) *no es constitutivo* de obligación sino *declarativo* de ella (*supra*, nº 962 c). Esta verificación es suficiente para rechazar la opinión que ve en esta figura el dinamismo de la causalidad eficiente de la voluntad unilateral.

1302. PROMESA DE FIANZA.– La promesa de fianza tiene lugar cuando una persona se obliga con el deudor a satisfacer accesoriamente la deuda al acreedor, no requiriéndose la aceptación de éste (conf. art. 1987).

Según nuestro parecer la promesa de fianza es una especie del género de la *estipulación a favor de un tercero*. Es un contrato que se celebra entre un estipulante, que es deudor de una obligación, y un promitente que se obliga subsidiariamente y a modo de garantía, a pagar la deuda del estipulante al tercero-acreedor. Este es un tercero que hace suyo el beneficio que le representa la garantía luego de haberlo aceptado y hécholo saber al fiador (conf. art. 504) después de lo cual se torna irrevocable. Pero aun con anterioridad a la aceptación del acreedor, ya hay un vínculo entre el estipulante y el promitente, para el cual es indiferente la aceptación del acreedor (conf. art. 1987 *in fine*).

En suma, la obligación accesoria asumida por el promitente-fiador reconoce su causa-fuente en la estipulación a favor del tercero concertada con el estipulante, y no en la voluntad unilateral de aquél, debiéndose advertir que aunque el acreedor rechazara la fianza ofrecida igualmente el promitente estaría obligado a hacer el pago en calidad de tercero interesado.

1303. NEGOCIOS CLAUDICANTES.– Se trata de un concepto romano carente de significación para el derecho de nuestro tiempo. Un negocio claudicante era el contrato celebrado por un incapaz que siendo válido en los aspectos favorables para él, era nulo en cuanto lo obligaba. De ahí que se pensara que la parte capaz resultaba obligada por su sola voluntad, por ser incomputable la voluntad del incapaz. Empero este razonamiento no es valedero porque el acto no sufre esta suerte de descuartizamiento: pues, o se aduce la *nulidad* del acto, a causa de la incapacidad del contratante incapaz, y entonces las obligaciones se frustran por carencia de causa, o contrariamente se *confirma* el acto, derivando las obligaciones de un negocio bilateral. La teoría de la voluntad unilateral carece de toda aplicación.

1304. OBSERVACIÓN FINAL.– El análisis realizado en el presente capítulo nos permite llegar a la conclusión de que la voluntad unilateral del deudor no es en caso alguno causa-fuente de la obligación que él hubiera entendido asumir. Lo que no significa que la conducta del agente, por la incidencia de alguna causa de deber –el contrato, el hecho ilícito, la ley– no pueda estar en el origen de alguna peculiar relación obligacional.

137

CAPÍTULO XI

HECHOS ILICITOS

I. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS HECHOS ILICITOS

1305. HECHOS ILÍCITOS: NOCIÓN AMPLIA Y RESTRINGIDA.– El *hecho ilícito* es una noción que tiene un significado amplio y otro restringido. En su *acepción amplia* es ilícito, como dice Orgaz, "todo acto contrario al derecho objetivo, considerado éste en su totalidad". En este sentido comprende el art. 898 a los actos ilícitos, como una especie de actos voluntarios caracterizados por esa prohibición legal. El acto ilícito *lato sensu* sólo se distingue por esa nota característica, la infracción a la ley, que trae aparejada una sanción para el infractor. Con ese alcance amplio el acto ilícito aparece en todos los sectores del derecho, ya sea como *delito penal* sancionado con "reclusión, prisión, multa e inhabilitación" (art. 5º, Cód. Penal); ya como *acto de familia indebido*, como por ejemplo el abandono del hijo menor por el padre, que se castiga con la pérdida de la patria potestad (art. 307), ya como *acto de incumplimiento de obligación*, obrado por el deudor con culpa o dolo, etcétera.

En su acepción *restringida* el hecho ilícito alude a acciones u omisiones antijurídicas y dañosas que hacen surgir un vínculo obligacional entre el damnificado, como acreedor y el responsable como deudor, con respecto a la reparación del daño sufrido por el primero. En el derecho de las obligaciones se emplea la expresión *hecho ilícito* en ese sentido restringido, que apunta a una clara fuente de obligaciones.

1306. MÉTODO DEL CÓDIGO.– Nuestro Código Civil trata la materia de los actos ilícitos dentro de la sección de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones. Aparece así el tópico involucrado en una sección

general y no exclusiva del derecho de las obligaciones. Luego de haber el codificador tratado de los hechos jurídicos en general, hechos voluntarios, etcétera, dedica los dos últimos títulos de la Sección Degunda del Libro Segundo que lleva aquella denominación, a los actos ilícitos de que trata el Título VIII y a los hechos ilícitos que no son delitos, sobre los cuales versa el Título IX y último de esa sección.

1307. EXAMEN CRÍTICO.– Esa metodología es susceptible de crítica porque la materia de los actos ilícitos no es propia de una parte general del derecho civil, sino del derecho de las obligaciones, ya que configura una fuente indiscutida de relaciones obligacionales. El codificador siguió la orientación de Freitas quien dividía la materia de los actos ilícitos ocupándose en parte de ella dentro del esquema de los hechos jurídicos en general y reservando otras disposiciones que ubicaba en el libro de las obligaciones. Es una separación que tiene un prurito doctrinario de escasa justificación en un cuerpo legal y que con buen sentido Vélez Sarsfield no aceptó. Unicamente, que la ubicación lógica de esta materia de los actos ilícitos no debió ser la que el codificador argentino le asignó dentro del cuadro de los hechos jurídicos, como una especie de ellos, sino en el marco del derecho de las obligaciones, puesto que todo lo referente al acto ilícito está dominado por el régimen resarcitorio propio de este sector de derecho civil.

Esa crítica ha sido recogida por los proyectos de reforma integral del Código Civil que ubicaron esta materia en el lugar de tratamiento adecuado.

1308. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA MATERIA.– En los últimos tiempos la materia de los actos ilícitos ha cobrado una gran importancia. A fines del siglo pasado casi no concitaba la atención de las explicaciones que se daban a los estudiantes de derecho. En cambio, ahora, los actos ilícitos constituyen una parte señaladamente importante del derecho de las obligaciones y de una aplicación frecuentísima, ya que las publicaciones forenses están cubiertas con pronunciamientos judiciales referentes a hechos de esa índole.

Esta evolución jurídica reconoce dos causas principales. En primer término la proliferación de los instrumentos mecánicos ha ampliado grandemente las probabilidades de daños a terceros en medios sociales densamente poblados. Pero, además, se ha señalado como el principal motivo de esa hipertrofia de la responsabilidad civil el deseo del hombre de nuestro tiempo de no consentir el mínimo perjuicio, lo que condice con la característica de una sociedad en la que la persecución de ganancia llega a ser cada vez más el fin esencial de la actividad humana (Capitant).

Todo ello ha llevado al derecho a volcar su atención en este sector de las relaciones humanas para evitar por una parte la lesión que pudiese sufrir cualquier inocente y también para impedir el abuso de quienes intentan convertir una indemnización en fuente de enriquecimiento.

1309. NOCIÓN DE ACTO ILÍCITO Y CARACTERES.– En el sentido restringido que hemos mencionado (*supra*, nº 1305), el *acto ilícito civil es todo acto voluntario, reprobado por la ley, que causa un daño imputable al agente en razón de su culpa o dolo*; tal el concepto legal que surge de la conjugación de los arts. 898, 1066 y 1067. Esta definición muestra las siguientes notas características:

a) Voluntariedad del obrar: No hay acto ilícito si el agente actúa *involuntariamente*, es decir sin discernimiento, intención o libertad (art. 897). Como surge del art. 898, los hechos involuntarios son incompatibles con los actos ilícitos. pues, éstos son una especie del acto voluntario, y no pueden darse si el agente ha obrado involuntariamente. Por ello el acto ilícito "hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona" (art. 1077), mientras que los hechos involuntarios "no producen por sí obligación alguna" (art. 900). Si bien es cierto que el art. 907 luego de la reforma de la ley 17.711, permite algún resarcimiento del daño causado involuntariamente, por razones de equidad, ello no implica en modo alguno darle al acto involuntario el carácter de acto ilícito; por ello el resarcimiento queda librado al arbitrio del juez, quien debe tener presente la importancia del patrimonio de quien causó el daño en forma involuntaria así como la situación personal de la víctima.

b) Prohibición de la ley: El acto ilícito para ser tal ha de estar en contradicción con una norma legal. Por ello no configura un acto ilícito *la creación de un riesgo* mediante el uso lícito de una cosa que por razón de ese riesgo causa un daño a otro. Si bien el art. 1113, reformado por la ley 17.711, establece en este caso la obligación del dueño o guardián de la cosa de reparar el perjuicio, ella no configura un caso de *responsabilidad civil*, derivada de un hecho ilícito sino una *obligación legal* (ver *infra*, nº 1514).

c) Causación de un daño: Sin daño no hay acto ilícito civil. Es que tal acto es concebido por el ordenamiento jurídico como causa o fuente de

138

la obligación de indemnizar, y si el acto no causa daño, falla el presupuesto de la indemnización.

d) Culpabilidad del responsable: No hay responsabilidad sin culpa: éste es un axioma al que el derecho de nuestro tiempo había llegado luego de una evolución secular (ver infra, nº 1385), y que Vélez Sarsfield acogió enfáticamente en el art. 1067 al establecer que "no habrá acto ilícito punible...sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia". La ley 17.711 ha establecido algunos supuestos que originan la obligación de indemnizar con prescindencia de toda idea de dolo o culpa del sujeto, pero ello no significa que haya variado el concepto de acto ilícito ni mucho menos que la idea de la culpabilidad deje de ser esencial para configurar el acto ilícito, lo que implicaría una regresión inconcebible. Sólo significa que en algunos supuestos particulares, por razones de equidad, el legislador establece una obligación legal de indemnizar el daño causado, pese a no haber mediado culpabilidad del agente.

1310. EFECTOS.– Todo acto ilícito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que el hecho causare a otra persona; nuestro Código menciona explícitamente esta obligación tanto para los delitos (art. 1077), como para los cuasidelitos (art. 1109, cláusula 1ª).

1311. CLASIFICACIÓN: DELITOS Y CUASIDELITOS.– Los actos ilícitos se clasifican en *delitos* o *cuasidelitos*, según que la intención del agente haya sido dolosa o culposa.

Para el art. 1072, *"el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito"*. Aunque el Código no define el cuasidelito, no cabe duda de que se trata de un acto ilícito ejecutado no con dolo sino con culpa, es decir que configura una actuación que no se puede tachar de maliciosa pero que de todos modos es reprochable. En el supuesto del cuasidelito el autor del daño no ha querido causarlo, pero como su acto es voluntario se le reprocha la omisión de diligencias que de haber practicado hubieran evitado el daño causado: de ahí que se le atribuya este daño para exigirle la consiguiente responsabilidad.

Existe una corriente doctrinaria que tiende a fusionar a ambas categorías de actos ilícitos, para cuyo tratamiento preconiza un régimen uniforme. Es una opinión que hemos objetado, porque hace funcionar la sanción del acto ilícito civil de un modo mecánico sin atender a la intención con que ha obrado el responsable y propendiendo a que reciba el mismo tratamiento dentro de la órbita del derecho civil, el asesino alevoso y el autor de un homicidio culposo preterintencional a pesar de la enorme diferencia que desde el punto de vista moral existe en uno y otro caso.

1312. DIFERENCIAS DE RÉGIMEN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y EN LA LEY 17.711.– En el sistema del Código de Vélez Sarsfield, existían importantes diferencias de régimen entre los delitos y cuasidelitos:

a) En cuanto a la *extensión del resarcimiento*, era más amplia tratándose de delitos pues abarcaba los daños que fueran consecuencia inmediata, mediata y hasta casual del hecho, esto último si la ocurrencia del daño había estado en la mira del agente o si ese daño podía atribuirse en cierta proporción causal al delito obrado.

b) Mientras la comisión de un *delito*, por *varias personas*, determinaba una *responsabilidad solidaria* de todas ellas, los intervinientes en un cuasidelito sólo resultaban responsables según la cuota que a cada cual correspondiera.

c) Mientras el régimen de los *delitos* era aplicable a los incumplimientos contractuales obrados por el deudor con la intención de perjudicar al acreedor, en cambio las reglas de los cuasidelitos no podían aplicarse a los incumplimientos culposos, a menos que éstos degenerasen en delitos del derecho criminal (conf. art. 1107).

d) Según nuestro punto de vista los *delitos* que fuesen al propio tiempo delitos del derecho criminal, obligaban a la reparación del *agravio moral* causado por el autor del hecho; inversamente los *cuasidelitos* no originaban la obligación de reparar el daño moral que hubieran ocasionado. Esta comprensión, sin embargo no era compartida por la doctrina y jurisprudencia prevalecientes, que no discriminaban bajo este aspecto entre delitos y cuasidelitos, siempre que el hecho fuera un delito penal.

1313.– Luego de la ley 17.711, aunque algunas de las diferencias expuestas han desaparecido, subsiste una diferencia de régimen legal entre delitos y cuasidelitos con respecto a los siguientes puntos:

a) En cuanto a la *extensión del resarcimiento*, se mantiene la discriminación anotada, pero al haberse derogado el antiguo art. 906, el autor de un delito no carga con las consecuencias casuales del hecho en la medida

de la causalidad de éste. Esta desincriminación del responsable carece de justificativo.

b) En materia de *solidaridad,* la ley 17.711 ha establecido la responsabilidad solidaria de los autores de un cuasidelito (art. 1109 *in fine* que la consagra implícitamente). Sin embargo cabe señalar que la solidaridad de los delitos excluye la acción de regreso entre autores, consejeros o cómplices (art. 1082), mientras que tal acción puede ser ejercida cuando se trata de un cuasidelito (art. 1109 *in fine*). Por lo demás la solidaridad de los delitos es explícita y no reconoce excepciones, mientras que tratándose de cuasidelitos es implícita y también relativa, ya que queda excluida en los supuestos de los arts. 1121 y 1135.

c) No ha modificado la ley 17.711 el principio de separación de la responsabilidad contractual y cuasidelictual, contenido en el art. 1107.

d) En materia de *agravio moral* pensamos que la ley 17.711 no ha alterado la discriminación entre delitos y cuasidelitos, reservando la reparación pertinente para el primer supuesto. Empero esta opinión no es seguida por la doctrina y jurisprudencia dominante.

e) Por último la posibilidad de reducir la indemnización en función de la situación patrimonial del deudor si ello fuere equitativo (art. 1069), funciona sólo en caso de que haya promediado culpa del agente (cuasidelito) y está expresamente excluida en el caso de dolo (delito).

1314. ACTO ILÍCITO Y DELITO PENAL.– Estas dos nociones pueden corresponder o no a un mismo hecho, pero existen entre ellas diferencias que señalamos a continuación:

a) El *concepto* de acto ilícito civil es un concepto *abierto* que comprende cualquier hecho que corresponda genéricamente a la definición que hemos dado (ver *supra* nº 1309). En cambio los delitos penales, sean dolosos o culposos, responden a la nota de la *tipicidad*, es decir han de estar taxativamente previstos en el Código Penal, no pudiéndose calificar como tales los hechos que no se adecuen exactamente a la figura típica y concreta respectiva.

b) El *resultado dañoso* es indispensable para configurar el acto ilícito civil: sin daño no hay obligación de indemnizar. En cambio el daño no es un elemento esencial del delito penal pues hay varias figuras tales

como la tentativa de delito, el disparo de armas, la tenencia de explosivos, etcétera, para las cuales es indiferente que hayan ocasionado daño.

c) La finalidad de las sanciones que se aplican a los *actos ilícitos civiles* o a los *delitos penales* es muy distinta. El derecho civil protege fundamentalmente el interés de los particulares y cuando ocurre un acto ilícito tiende mediante la sanción resarcitoria, a restituir a la víctima al estado anterior al hecho. El delito penal contempla el interés público y sanciona los hechos que atentan contra la subsistencia de la sociedad; la sanción aplicada al delincuente tiene un sentido ejemplar y represivo.

d) Si ocurre la muerte del autor del acto ilícito civil la obligación de indemnizar pasa a sus herederos; contrariamente la muerte del delincuente extingue la acción penal ya que la condena no podría hacerse efectiva en la persona de sus herederos.

e) Mientras que las personas naturales son pasibles de responsabilidad civil y penal, las personas jurídicas carecen de responsabilidad penal y sólo son responsables civilmente por los actos ilícitos que cometieren sus agentes o subordinados (art. 43).

1315. CULPA CIVIL Y CULPA PENAL.– Se discute si el concepto de culpa tiene la misma significación en el derecho civil y en el derecho penal. Según la tendencia doctrinaria más difundida la culpa es un concepto unívoco que tiene el mismo contenido en las distintas ramas del derecho en que se lo hace funcionar: siempre consiste en una conducta exenta de malicia pero reprochable por el descuido, imprevisión o imprudencia con que ha actuado el agente y esa noción juega igualmente en el derecho civil y en el derecho penal.

Para otra opinión, en cambio diferiría la culpa penal de la civil porque ésta se relaciona con la *previsibilidad* de la consecuencia dañosa, en tanto aquélla atendería a la posibilidad de comprender la criminalidad del acto. Se agrega que en derecho penal la culpa es incriminada excepcionalmente y siempre requiere ser probada; en el derecho civil cualquier mínima culpa da lugar a la reparación del daño que ha causado y aun, en ciertas hipótesis, la ley la presume eximiendo al damnificado de tener que probarla.

En nuestra opinión la culpa civil o penal *califica* a una misma conducta reprochable pero exenta de malicia: esa conducta en su esencia idéntica, recibe un tratamiento jurídico distinto según que se la aprecie

139

por el derecho penal o por el derecho civil, que procuran finalidades diversas. Esto hace que un mismo acto culposo pueda ser idóneo para generar una responsabilidad civil, y que en cambio no lo sea para justificar una sanción penal contra el agente. Inversamente no se concibe que un acto culposo apto para configurar un delito penal no lo sea para originar un ilícito civil. Por ello, no obstante la absolución del acusado en sede penal por considerarse que no ha incurrido en culpa, se lo puede responsabilizar en sede civil si se lo considera culpable a los efectos de la reparación del daño causado y a la inversa, condenado el acusado en juicio criminal, no se puede ya cuestionar su culpa en sede civil a los fines de la pertinente indemnización (conf. arts. 1102 y 1103).

Las principales *diferencias de régimen* de la culpa, en el orden civil o penal son las siguientes:

a) En cuanto a la *intensidad de la sanción*, es incomparablemente mayor en el régimen penal, en el que se puede llegar hasta la pena de tres años de prisión por homicidio culposo (conf. art. 84 Cód. Penal) en tanto que la sanción es sólo pecuniaria en el orden civil sin llegar nunca a la privación de libertad del responsable.

b) En cuanto a la *cosa juzgada*, la sentencia condenatoria en el fuero penal, no es revisible con respecto a la existencia de culpa en el fuero civil. A la inversa la sentencia civil que declara la existencia de culpa no hace cosa juzgada en el fuero penal, donde puede declararse inocente al imputado.

c) En cuanto a la *prescripción*, el lapso es de *dos años* si se trata de "la acción por responsabilidad civil extracontractual" (art. 4037), mientras que la prescripción de la acción penal es *variable* en función del máximo de la pena que corresponda al delito culposo (art. 62, inc. 2º, Cód. Penal).

d) En cuanto a la *prueba* de la culpa, es indispensable que se produzca en el orden penal; en cambio, en el orden civil aunque se computa la culpa como un presupuesto de responsabilidad (ver *infra*, nº 1385) en algunos casos el damnificado está dispensado de producir tal prueba porque la ley *presume la culpa* del responsable, como ocurre especialmente en la responsabilidad por el hecho ajeno, o por los daños causados por animales o por el vicio de cosas inanimadas.

e) La *edad del discernimiento* también es distinta. A los fines de la responsabilidad civil por actos ilícitos, el discernimiento se adquiere a los 10 años (art. 921) mientras que para la sanción penal la edad del discernimiento se demora hasta los 16 años (art. 1º, ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad).

f) *De hecho* los jueces tienen un *criterio benigno* para apreciar la culpa en el orden penal y severo para apreciar la culpa en el plano del derecho civil. Esto se justifica pues en el orden penal está en juego la libertad del sujeto, mientras que en el derecho civil se trata sólo de un perjuicio económico para cuya apreciación se ha afinado severamente el concepto de culpa desde los tiempos del Derecho Romano.

g) Finalmente, también es distinto el *tribunal competente*. La culpa penal es sólo juzgada por los tribunales penales, mientras que la culpa civil puede ser juzgada ya sea por la jurisdicción civil, o bien por el fuero penal (art. 29, Cód Penal), si se ha radicado ante éste lo referente a la indemnización.

1316. RESPONSABILIDAD CIVIL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– Los ordenamientos jurídicos primitivos no diferenciaron la responsabilidad civil de la penal. Por otra parte, la sanción en esas regulaciones antiguas, no se relacionaba con el reproche que merecía la conducta dañosa obrada; por tanto, la responsabilidad era puramente objetiva.

Posteriormente, en los jurisconsultos bizantinos aparecen los primeros análisis sobre la idea de culpa. Como dice Carbonnier, tanto el Derecho Romano, desde el período arcaico hasta la compilación de Justiniano, y el antiguo derecho francés, desde los bárbaros hasta Pothier, parecen repetir la misma evolución. La reacción instintiva que suscita el daño sufrido, que lleva a castigarlo, sin considerar siquiera si el acto es voluntario o involuntario, se modifica en virtud de un afinamiento progresivo, dando lugar a una búsqueda de justicia, y a una valoración moral. Se llega así a dar más importancia a la intención que a la causalidad material.

Esta evolución se plasma en el art. 1382 del Código Civil francés que dispone: "Todo hecho cualquiera del hombre, que causa un daño obliga a quien por cuya culpa ha ocurrido, a repararlo".

1316 bis.– Debe observarse, sin embargo, que el régimen francés, ha cambiado sustancialmente puesto que el actual artículo 489-2 (texto según ley 68-5 del 3 de enero de 1968) dispone que quien ha causado un

daño a otro, bajo imperio de un trastorno mental no está por ello menos obligado a la reparación.

1317. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA CULPA.– La necesidad de la culpa como requisito genérico de la responsabilidad, es una *exigencia de justicia* con respecto al responsable. Porque hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento de alguien, lo que justifica la imposición de una sanción al responsable. Para que tal sanción tenga razón suficiente es menester que el acto dañoso que la suscita sea *voluntario* (arts. 897 y 900) e *imputable* a su autor, en razón de la intención dolosa o culposa, reprochable en fin, con que ha obrado. Y consistiendo la justicia en dar a cada uno lo suyo, para que la sanción sea justa tendrá que ser proporcionada a la gravedad de la falta cometida por el responsable.

Examinando el asunto desde el ángulo del buen orden social, aparece el postulado "no hay responsabilidad sin culpa" como el gran escudo que ampara a los inocentes y les asegura que mientras efectivamente mantengan esta condición no serán pasibles de sanción alguna.

El Código de Vélez aceptó explícitamente el postulado "no hay responsabilidad sin culpa", al establecer en el art. 1067 que *"no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código...sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia"*; y en el art. 1109 primera parte, que *"todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio"*.

Por su parte, la ley 17.711 ha introducido una lamentable fisura en la coherente teoría de la responsabilidad civil elaborada por nuestro codificador. Nos referimos a la ahora imputada responsabilidad del dueño o guardián de una cosa por el daño causado por el riesgo de dicha cosa, que funciona al margen de toda idea de culpa (ver *infra,* núms. 1506 y sigs.).

1318. EL RIESGO CREADO.– En disconformidad con el principio expuesto precedentemente, acerca de la necesidad de la culpa para fundar la responsabilidad, algunos autores sostuvieron desde fines del siglo pasado que el régimen de responsabilidad debía estructurarse con prescindencia de la noción de culpa, que resultaba anticuada frente a las circunstancias de la sociedad contemporánea, y en cambio tenía que centrarse en la idea del *riesgo creado*. Toda actividad, se dice, implica riesgos para terceros, por lo que sería justo imponerle al creador del riesgo la reparación del daño derivado materialmente de su actividad. Quien crea los

riesgos lo hace para su provecho, y si recoge las ventajas de esa actividad, justo es, se dice, que cargue con las desventajas o perjuicios que ha ocasionado: *ubi emolumentum, ibi onus*.

Esta tesis puede seducir a primera vista por su simplicidad pues dispensa al que sufrió el daño de la prueba de la culpa del agente y releva al juez de la tarea de tener que examinar la conducta humana, ya que probado el daño el juez debería, automáticamente, sancionar la reparación. En un mundo complejo, como el que vivimos, la inercia y la comodidad llevan insensiblemente a la eliminación de distinciones y análisis. Sin embargo esta simplificación es inadmisible en cuanto significa prescindir de valores que son esenciales al hombre.

Por otra parte el análisis cuidadoso de la teoría del riesgo pone al desnudo sus falencias y contradicciones.

1319.– a) Por lo pronto la teoría del riesgo disocia la responsabilidad del reproche que pueda merecer la conducta del agente y al aceptar la responsabilidad de *quien no es culpable*, implica una regresión al régimen de responsabilidad de las sociedades primitivas.

b) Por otra parte, como consecuencia de lo expuesto se centra el problema de la responsabilidad en la mera causalidad material del daño con olvido de los demás factores que moralmente deben computarse. Con ello el que pone el antecedente de un hecho es responsable de las consecuencias de ese hecho por una relación de causalidad material. Estamos así en la responsabilidad objetiva: se responde no porque se haya incurrido en una conducta reprochable sino porque se ha originado el factor material del cual, como condición *sine qua non*, provino el daño.

Una concepción de la responsabilidad que se caracteriza por ese vaciamiento del aspecto espiritual de la sociedad humana, es francamente regresiva, puesto que arrasa con toda valoración de la conducta del agente y arruina el cimiento moral del orden jurídico.

c) Desde el punto de vista *teórico* son *incompatibles* la responsabilidad por *culpa* y la responsabilidad por *riesgo creado*. En efecto si no hay acto ilícito sin culpa ¿cómo mientras eso se respete se puede distorsionar la teoría de la responsabilidad civil, aceptando un tipo de responsabilidad sin culpa por el solo riesgo creado? Es pretender unir a dos proposiciones contradictorias, porque o se acepta que sin culpa no hay responsabilidad y entonces se admite la exención del creador inculpable del riesgo, o bien se estima que la responsabilidad por riesgo juega igualmente aunque el crea-

dor del riesgo no sea culpable, con lo que se infringe la exoneración de responsabilidad que se aseguraba al inocente o exento de culpa.

d) En el orden *práctico* esa imposible convivencia de dos responsabilidades contradictorias y superpuestas, desemboca necesariamente, por el juego de una suerte de ley de Gresham para quien la moneda mala desalojaba de la circulación económica a la moneda buena, en la instalación del principio de atribución de responsabilidad sin culpa por el mero riesgo creado y arrumbamiento de la teoría de la responsabilidad civil fundada en la culpa, convertida en un esquema de museo. ¿Qué interés podría haber en invocar la culpa del agente, lo que supone el trabajo de probarla, cuando sería mucho más fácil sostener que el daño producido, que está a la vista, demuestra que el agente ha creado un riesgo y que por eso debe responder?

Es que la idea de riesgo es una idea plástica proteica, indómita, imposible de manejar que, se enseñorea de quien la utiliza, que no puede dejar de ver un riesgo de daño en aquello que, de hecho, produjo un daño ya consumado.

Según la acepción gramatical, riesgo es "contingencia o proximidad de un daño" y como en nuestro caso la cuestión se ventila a propósito de un daño ya producido, cuando el daño provenga del contacto con una cosa, independientemente de la acción directa del hombre, siempre la cosa se identificará con el riesgo de la ocurrencia de ese daño que está ante nuestra vista. Con lo cual se ha puesto una bomba atómica en la teoría de la responsabilidad civil, llegándose a postular que en la generalidad de las situaciones –*los daños que se producen sin el contacto de cosas son tan excepcionales que bien pueden descartarse en la consideración del tema*– es sólo la causalidad material, y no la culpa o razón de la imputación moral lo que crea la obligación de reparar el daño.

El jurista, gobernado por la razón y preocupado por el servicio del bien común no puede dar salida incontrolada a este principio explosivo. Después de una evolución que ha durado siglos ha logrado el hombre entender que la base de la responsabilidad civil es la autoría moral del hecho dañoso que es dable atribuir al responsable, a lo que se ha llegado luego de superar, paulatinamente, el materialismo primitivo. No es, pues, discreto conmover ese legado de la cultura jurídica de la humanidad, pretendiendo substituir ese cimiento de la responsabilidad que es la culpa, por la simple relación de causalidad material entre una cosa y un daño.

Se comprende que se quiera, en vista de la omnipresencia del maquinismo moderno y la consiguiente multiplicación de los daños, buscar algún remedio para el damnificado inocente, pero eso puede obtenerse, sin desquiciar el sistema general de la culpa, haciendo funcionar la reparación de daños derivados del riesgo creado en sectores previamente delimitados (por ejemplo los accidentes del trabajo, o los daños causados por automotores) en los cuales el legislador haga soportar en forma tarifada y limitada el daño que sufre el damnificado al creador inculpable del riesgo.

Por las razones que hemos expuesto la tesis del riesgo creado, como *principio general* de responsabilidad, ha merecido la repulsa de la doctrina más acreditada.

1320. ACCIDENTES INDUSTRIALES Y TRANSPORTES MECÁNICOS.– El hecho histórico que estimuló la formulación y posterior auge de la teoría del riesgo creado fue la revolución tecnológica iniciada en la segunda mitad del siglo XIX, que difundió el maquinismo, y multiplicó en gran escala la posibilidad de accidentes de trabajo.

Como buena parte de estos accidentes se originaban no en el mal funcionamiento de las máquinas sino en el descuido de los obreros habituados al peligro por la rutina de su labor, no era posible hacer responsable al empleador de las consecuencias de esos hechos lamentables, si se aplicaban los principios de la responsabilidad civil.

Sin embargo, se consideraba por otra parte que era equitativo que el empleador, que aprovechaba de la capacidad de trabajo de sus obreros y de la fuerza de sus máquinas, contribuyera a reparar en alguna medida el daño aunque éste no le fuera moralmente *imputable*.

En virtud de tales consideraciones se han sancionado en todos los países leyes sobre accidentes de trabajo, que salvo caso de culpa grave del obrero, ponen la reparación a cargo del empleador. Sin embargo ello no se basa en la idea de riesgo, sino en la consideración de que es justo y equitativo, poner a cargo del empleador un deber de seguridad con relación al obrero que trabaja para él.

Iguales consideraciones se aplican a los daños derivados de los transportes mecánicos. Es equitativo, que tal como ya lo preceptúan algunos códigos modernos, como el Código Civil portugués de 1966, estos daños se pongan a cargo de los dueños de los vehículos, siempre que se deslinden claramente los supuestos y que la compensación pecuniaria esté sujeta a un límite tarifario.

En estos casos, desde luego, queda a salvo al interesado obtener una reparación íntegra de los perjuicios sufridos, invocando los principios generales de la responsabilidad sobre la base de la culpa.

1321. RESPONSABILIDAD OBJETIVA.– Los accidentes de trabajo y los derivados de los transportes mecánicos constituyeron una piedra de tropiezo para muchos juristas. Como el legislador tardara en encontrar los remedios apropiados para solucionar con justicia esas situaciones, algunos pensaron que los nuevos hechos eran demostrativos de la quiebra de la teoría de la responsabilidad de base subjetiva y que por tratarse de un concepto ya superado, era menester substituirla por una *responsabilidad objetiva* independizada del efectivo estado de ánimo del sindicado como responsable al tiempo de la causación del daño.

Esa tendencia se concretó en la teoría del riesgo creado que acabamos de analizar y en la tesis de la *culpa objetiva* original de Popesco Albota y encomiada por Josserand.

Según este último enfoque, la culpa no debe apreciarse por el reproche que suscita el acto obrado en la recta conciencia del agente, sino por su disconformidad con las reglas apropiadas para la conservación de la paz y el mantenimiento del orden social. Con ello el criterio de apreciación de la culpa y la culpa misma deben ser objetivados.

Esta teoría no ha tenido aceptación porque, como se ha señalado, tergiversa nociones jurídicas de precisa significación. En efecto, culpa es la denominación que se da a un comportamiento reprochable del sujeto.

Ese reproche es el que merece el agente y él mismo debe experimentarlo si tiene una conciencia recta. Sin embargo, el derecho no indaga si de hecho el sujeto ha sentido ese reproche, sino que se limita a apreciar, conforme a pautas fluídas, si la conducta obrada merece reproche aunque sea mínimo para una conciencia recta en función de la naturaleza del deber incumplido y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (arg. art. 512). En todo esto hay una valoración del fondo espiritual del sujeto y no una simple verificación de incoincidencia de lo obrado con lo que se debía obrar, pues esto hace a la ilicitud o antijuridicidad de la conducta. La tesis de la culpa objetiva incurre en esa confusión.

1322. TENTATIVAS DE SOLUCIONES INTERMEDIAS: RESPONSABILIDAD Y REPARABILIDAD.– El panorama de las condiciones y circunstancias de la vida contemporánea, con esa omnipresencia del maquinismo y la consiguiente multiplicación de posibles daños para extraños inocentes, no debe perturbar el criterio del jurista que como se ha visto, solicitado por las más excelsas razones, no puede consentir en la imputación de responsabilidad a personas inocentes.

Esto no obsta, como bien lo ha dicho Orgaz a que en ciertas situaciones excepcionales, explícitamente establecidas por la ley y por razones de equidad o de conveniencia práctica se admita la *reparabilidad* de daños causados inculpablemente. Esta *reparabilidad*, que funcionará en algunos supuestos de obligaciones legales por garantía a terceros, o por riesgos provenientes de personas o cosas subordinadas, en los que el agente causante del daño ha actuado sin culpa, no se confunde con la responsabilidad.

La responsabilidad configura un *principio general* que en base a la culpa obliga a reparar el daño causado en toda clase de situaciones. En cambio los supuestos de reparabilidad no configuran una regla general parecida a la de la responsabilidad, sino por el contrario, una excepción a dicha regla.

En la responsabilidad el *título* de la obligación de reparar reside en la *culpa*, presunta o demostrada del agente a quien se supone imputable. Diversamente, en los supuestos de reparabilidad sin culpa el título o causa de la obligación de reparar es el *hecho* ocurrido en circunstancias tales que justifican, según la apreciación del legislador, la indemnización total, parcial, prudencial, tarifada, etcétera; de ahí que la inimputabilidad del sujeto sindicado como deudor de la indemnización no sea un motivo para excluir la reparación si subsisten las razones que contempló el legislador para acordarla, como ocurre con respecto a los daños involuntarios.

En suma es *conciliable* un *sistema* genérico de responsabilidad subjetiva, con *supuestos* específicos de reparabilidad objetiva. Lo que es *inconciliable* es la afirmación del principio de la responsabilidad en base a la culpa del agente que excluye la responsabilidad de los inocentes o inculpables y la simultánea aceptación de la reparación del daño causado, independientemente de la culpa del deudor, por razón de otro principio general de imputabilidad, incongruente con aquél, como puede ser el del riesgo creado, afirmado indiscriminadamente.

1323. LEY 17.711.– Con relación a este asunto la ley 17.711 cae en la incongruencia que acabamos de apuntar. En efecto, según la reforma realizada por esa ley en el art. 1113, *quienquiera* que provoca un daño causado por el riesgo de una cosa de la que es dueño o guardián *responde* por ese daño: he ahí un principio general de responsabilidad sin culpa que en-

149

tra en necesaria contradicción con la norma de los arts. 1067 y 1109, según los cuales no hay responsabilidad, en general, sin culpa del agente.

1324. Reparación del daño involuntario.– Aunque el sujeto inimputable no contrae por sus actos obrados sin discernimiento, o libertad, "obligación alguna" (art. 900), los jueces pueden "disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima" (nuevo art. 907, 2ª parte).

Este agregado no crea una obligación de reparar, a título de responsabilidad o sea por el reproche que alguien merece, sino que establece una *indemnización de equidad*, que es algo muy diferente y constituye precisamente uno de los supuestos excepcionales y determinados de *reparabilidad* a que aludimos en el número 1322.

En el nuevo texto resaltan los siguientes elementos interpretativos: a) el verbo "podrán" que confiere a los jueces una atribución librada en su ejercicio a su sola discreción; b) la ley habla de "un" resarcimiento, no "del" resarcimiento, lo cual significa que sólo se quiere acudir en socorro del damnificado concediéndole "algún" remedio para su infortunio, en la medida en que la equidad lo exija; c) se pone bien claro que el magistrado, al establecer "algún" resarcimiento lo hace "fundado en razones de equidad". Ello es esencial para que se penetre el sentido de la indemnización, que no sanciona una responsabilidad aquí inexistente; d) finalmente, es de notar la fluidez de las pautas que habrán de esclarecer la acción judicial, en orden a la determinación de la indemnización de equidad.

1325. Reducción equitativa de la indemnización.– El sistema de indemnización de perjuicios no es un cierto dispositivo matemático de igualación de un daño con un resarcimiento sino un medio de instaurar la justicia en las relaciones humanas. Esto conduce por imperio de la equidad a no desatender la situación patrimonial del responsable, quien enfrentado con el pago de una elevada indemnización podría quedar privado de recursos para satisfacer sus necesidades más elementales y las obligaciones alimentarias a favor de su familia. Con lo cual la reparación del perjuicio sufrido por el damnificado se haría a expensas de la ruina de una familia, lo que el legislador no estima como útil para la sociedad.

Tal el interesante problema que ha encarado la ley 17.711, agregando al art. 1069 el siguiente párrafo: *"Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable"*.

Acerca de esta cuestión la posición clásica de la doctrina fue hacer abstracción económica del responsable para establecer el monto de la indemnización. La reparación se decía, se mide de acuerdo a la extensión del perjuicio y por ello no se veía razón para disminuir la cuantía del resarcimiento a causa de la modesta condición del autor del daño, como tampoco hay motivo para incrementar ese monto más allá del perjuicio real cuando el responsable tiene una gran fortuna.

Sin embargo, desde antiguo se han dictado algunas sentencias discrepantes, y se han escuchado voces autorizadas que han estimulado a los jueces a usar con discreción de sus atribuciones en la estimación de los daños y perjuicios, a fin de moderar la indemnización cuando su cuantía es tan elevada que puede aplastar económicamente al autor del daño.

En el derecho comparado hay expresiones bien definidas de esta última tendencia (Código suizo de las obligaciones, Código Civil peruano de 1936, Código Civil portugués de 1966), que también recogió el Anteproyecto de Código Civil de 1954, para la República Argentina.

A los efectos de la aplicación del agregado introducido al art. 1069 deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:

a) El uso del verbo "podrán" indica que se trata de una atribución librada en su ejercicio a la sola discreción de los jueces; b) el ejercicio de esa atribución depende de que el responsable así lo solicite; sería un evidente abuso que los jueces redujesen de oficio la indemnización si el responsable no lo ha solicitado; c) la atenuación aludida podrá ser decretada si ello "fuere equitativo." No se trata de un criterio que deba funcionar mecánicamente siempre que la situación del responsable sea penosa, sino en los casos en que resulte de estricta justicia introducir una excepción a la regla general que establece la obligación de reparar el daño causado con culpa. Por ello no sería justo aplicar la norma cuando también el damnificado se encontrara en situación de penuria que le impida atender a su subsistencia o la de su familia. En esta paridad de indigencias no sería equitativo favorecer al culpable en desmedro del damnificado inocente; d) la aminoración equitativa que se busca habrá de encontrarse considerando "la situación patrimonial del deudor". Esta consideración no puede hacerse en abstracto, y por ello, aunque la ley no lo diga, habrán de tenerse en cuenta las cargas de familia del responsable, pues la decisiva razón para practicar alguna deducción en el resarcimiento es el desamparo en que puedan caer los miem-

bros de la familia del responsable, a causa del pago de una gruesa indemnización; e) la reducción de la indemnización *no es procedente si el daño fuere imputable a dolo del responsable*. Como se ha dicho con razón quien ejecuta un acto ilícito a sabiendas y con intención de dañar, no tiene excusa válida para reclamar una disminución de la indemnización, ni merece una consideración de equidad; f) aunque la ley no lo dice expresamente cuando la indemnización es debida solidariamente por los coautores de un cuasidelito, el beneficio de la reducción de la indemnización que pudiere alcanzar a alguno de los coautores no puede ser invocado por los demás codeudores. El beneficio es personal del deudor a quien se acuerda y tratándose de una excepción a la regla general debe ser interpretado restrictivamente; g) cuando se trata de responsabilidad refleja, la reducción de la indemnización concedida al responsable directo por su precaria situación patrimonial, no puede ser alegada por el responsable indirecto o principal que no se encuentra en esa situación de penuria; h) por último, cabe señalar que el beneficio instituido por el art. 1069, segunda parte, puede ser invocado por el deudor de la reparación exento de culpa si el daño proviniere del riesgo de la cosa. En efecto, si el legislador autoriza a atenuar la indemnización del que ha causado un daño por su culpa ¿cómo podría negarse que autorice también a atenuar la carga que se impone al que no ha incurrido en culpa alguna?

1326. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL: CUESTIÓN DE LA OPCIÓN Y EL CÚMULO: PRINCIPIO.– Como ya hemos explicado (*supra*, nº 124), la conducta de las personas culpables a pesar de la noción unívoca de *culpa* es sometida a dos regímenes distintos, según que tal conducta se manifieste con respecto a una obligación preexistente, o bien que consista en un comportamiento reprochable que origina la obligación de reparar un daño causado a un extraño con quien el agente no mantenía vínculo anterior. El primero de esos regímenes se denomina de *responsabilidad contractual*, porque generalmente la obligación preexistente que vincula al culpable con la otra parte proviene de un *contrato*; empero, no es forzoso que así sea, pues esa obligación preexistente podría haberse originado en un cuasicontrato, en un delito o cuasidelito, o en la misma ley. Diversamente, el segundo de aquellos regímenes, o de *responsabilidad extracontractual*, no obstante el sentido de esa terminología que parece referirse a cualquier situación ajena a un contrato, sólo comprende a los hechos ilícitos culposos o dolosos.

La dualidad de régimen a que aludimos, presenta la cuestión de saber si el acreedor perjudicado por el incumplimiento culpable del deudor, puede elegir, a su elección, la responsabilidad contractual o extracontractual de éste. Todavía se trata de averiguar si dicho acreedor puede elegir, de uno u otro régimen, aquellos aspectos que le sean más favorables, combinando así un tercer régimen por acumulación unilateral de ambos sistemas de responsabilidad. He ahí el problema de la *opción* y el *cúmulo*.

Una primera cuestión es clara: *no hay posible cúmulo* de responsabilidad contractual y extracontractual: tal régimen *híbrido* de reparación de daños carece de base legal y provendría de la sola decisión del damnificado que sin el consentimiento del responsable, no podría, según su gusto, inventar el sistema resarcitorio al cual él quiera acogerse.

En cuanto a la *opción* entre una y otra responsabilidad, en *principio* ella no procede por la *barrera* que levanta entre ambos regímenes el art. 1107: *Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal.*

Si la ley estructura dos regímenes de responsabilidad distintos, lógicamente no pueden ser intercambiables según el arbitrio del damnificado. Este tiene derecho a lo que le corresponde según sea la *causa* determinante de la responsabilidad a cargo del deudor de la indemnización. Si esa causa es el incumplimiento de una obligación convencional, o más ampliamente la inejecución de cualquier prestación que fuese objeto de una determinada obligación preexistente, el deudor queda sometido a las reglas de responsabilidad genérica indicadas por los arts. 505, inc. 3º, 508, 511, 519, 520, 521 y el nuevo 522. Por el contrario, si el acto de culpa es ajeno a cualquier relación obligacional previa, la conducta del culpable está sujeta a la responsabilidad extracontractual inherente a los actos ilícitos.

Cabe advertir, sin embargo, que la *barrera* del art. 1107 sólo funciona respecto a las *partes* ligadas por la relación infringida por el hecho dañoso, pero no afecta a los *terceros* que son ajenos a esa relación obligacional. Por ello *cualquier tercero* lesionado por un acto de culpa practicado por una de las partes en la ejecución de un contrato, puede demandar la reparación del perjuicio según las reglas de la responsabilidad extracontractual. Así si un constructor encargado *contractualmente* de la reparación de nuestra casa, en el curso de su actividad causa un daño culpable a un tercero, deberá indemnizarlo por el perjuicio sufrido según las reglas de la responsabilidad extracontractual.

142

1327. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE OPCIÓN.– Por excepción, la *opción* de responsabilidad es *admisible*, en dos supuestos:

a) En primer lugar, cuando el acto de incumplimiento de la obligación convencional configura un *delito del derecho criminal* (art. 1107, *in fine*). Por ejemplo, si un farmacéutico por descuido o distracción le vende a un cliente en lugar del medicamento solicitado, un veneno que le produce la muerte. Ese acto culposo es, al propio tiempo incumplimiento del contrato de venta que compromete la responsabilidad del vendedor, y homicidio culposo o cuasidelito civil, incriminado por el art. 84 del Código Penal. Para poder optar útilmente por la responsabilidad extracontractual es necesario, en principio, que el hecho dañoso haya sido *calificado* como *delito criminal* por los jueces del fuero penal, a menos que tal calificación resulte imposible, por ejemplo, porque el acusado ha fallecido.

b) Asimismo, es viable la *opción* de responsabilidad delictual o contractual, cuando el acto de incumplimiento de la obligación obrada por el deudor es efectuado "a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos" (art. 1072) del acreedor, por ejemplo, si el deudor deja de pagar su deuda, pudiendo hacerlo, para provocar la quiebra del acreedor. No cabe duda que un acto de esta laya configura un *delito civil*, pues existe una *prohibición legal* de causar daños (ver art. 183, Código Penal); hay *daño* y concurre el propósito de *perjudicar*. En este caso se da una triple opción, ya que el acreedor puede optar ya sea por la *responsabilidad contractual ordinaria* (art. 520), sea por la *responsabilidad contractual dolosa* (art. 521), sea por la *responsabilidad delictual* (arts. 1077 y complementarios). No funciona aquí la *barrera* que el art. 1107 establece para los cuasidelitos. Cabe señalar que la opción entre responsabilidad contractual o extracontractual no tiene sólo importancia teórica sino reviste trascendencia práctica: así, por ejemplo, si ha prescripto la acción de responsabilidad extracontractual por el transcurso de dos años a que se refiere el art. 4037, le interesará al acreedor invocar la responsabilidad contractual cuya acción esté sujeta a un lapso de prescripción mayor; inversamente si el contrato no establece la solidaridad entre los obligados, le interesará al acreedor invocar la responsabilidad extracontractual que determina la solidaridad de los coautores del hecho dañoso.

1328. DESLINDE DE LOS ÁMBITOS DE LA RESPONSABILIDAD.– Hay situaciones que suscitan alguna duda respecto de su ubicación en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, a fin de someterlas al régimen pertinente con la eventual *opción* que pudiese corresponder al damnificado, en los supuestos en que la ley la admite. Examinamos a continuación esas situaciones controvertidas.

1329. a) TRANSPORTE ONEROSO DE PERSONAS.– Se trata de saber si los daños que experimenta el viajero *durante la ejecución* de un transporte oneroso, cualquiera sea el tipo de transporte, excluida la navegación aérea sujeta a normas especiales (ver *infra*, núms. 1607 y sigs.), encuadran en la responsabilidad contractual o extracontractual.

Antiguamente la *jurisprudencia* había decidido que tales daños se regían por los principios de la responsabilidad cuasidelictual, salvo que se tratara de accidentes ferroviarios regidos explícitamente por el art. 65, apartado 2º de la ley general de ferrocarriles 2873 y por el art. 184 del Código de Comercio.

Actualmente todos los tribunales del país consideran, con aprobación de la doctrina prácticamente unánime, que el transportador incurre en responsabilidad *contractual* por los daños que sufre el viajero por razón del transporte. El transportador se ha obligado a conducir al viajero sano y salvo a su lugar de destino, lo cual hace a la esencia del contrato de transporte, y esta obligación no podría ser retaceada por cláusulas exoneratorias de responsabilidad (ver *supra*, nº 138). He aquí una obligación de *resultado* cuyo incumplimiento queda verificado con la sola comprobación de la lesión sufrida durante la ejecución (mala ejecución) del transporte: el transportador, cuya culpa se presume sin necesidad de probarla (*supra*, núms. 131 y 132), para eximirse de responsabilidad, debe demostrar que la causa del daño es ajena al transporte.

Estos principios rigen en las relaciones de las partes *vinculadas* por el contrato de transporte, pero no a los terceros. Para ellos el contrato de transporte es *res inter alios acta* y si lo invocan para pretender el resarcimiento de un daño que el transporte les ha ocasionado, su pretensión sólo puede ser acogida como *damnificados indirectos* de un acto ilícito, siempre que prueben de acuerdo con las normas de la *responsabilidad extracontractual*, la culpa del transportador o de sus dependientes en la producción del hecho dañoso.

1330. b) TRANSPORTE BENÉVOLO.– Existe transporte benévolo o de complacencia, cuando el conductor de un vehículo, por un acto de cortesía y con intención de beneficiar a otro lo traslada de un punto a otro, sin que la persona favorecida con el transporte se obligue a prestación alguna. El

traslado debe ser *independiente* de toda relación jurídica que vincule al transportado con el transportador.

Si el transportado sufre daños con motivo del transporte, se plantea el problema de determinar cuál es la responsabilidad del transportador benévolo.

Para una primera corriente el transporte benévolo no origina relación jurídica alguna y por lo tanto no da lugar a una acción resarcitoria mientras no se cometa un delito. La conclusión es equivocada, pues si bien es cierto que el transportador no se propone realizar un *acto jurídico*, su actividad configura por lo menos un *hecho jurídico* susceptible de producir alguna adquisición, modificación...de los derechos u obligaciones (art. 896).

Para otra corriente el transporte benévolo configura un verdadero contrato y por lo tanto la responsabilidad del transportador sería contractual, si bien su carácter gratuito incidiría en que esa responsabilidad se apreciara en forma menos rigurosa. Pero cabe objetar que el que efectúa un transporte benévolo no tiene intención alguna de obligarse sino sólo de hacer un favor: sin esta voluntad de obligarse no puede existir contrato.

Por nuestra parte, pensamos que el damnificado por un transporte benévolo se encuentra sujeto a los principios de la *responsabilidad extracontractual*, con la sola excepción de no ser atendible su pretensión resarcitoria del *daño causado por el riesgo de la cosa*. A falta de una obligación preexistente que le imponga al transportador la obligación de trasladar al transportado, con el deber de seguridad personal que esa obligación implica, el lesionado durante un transporte benévolo tiene derecho a la indemnización correspondiente siempre que pruebe: 1º) que el daño reconoce su causa eficiente en el *hecho del transporte efectuado*; 2º) que el transportador ha sido *culpable* del hecho dañoso. Establecido esto el transportador responde en virtud del principio contenido en el art. 1109.

Si el daño fuese causado por el *vicio* de la cosa (por ej., rotura de dirección, a consecuencia de la cual se produce el vuelco del automóvil), la responsabilidad del transportador subsiste como dueño o guardián de dicha cosa, sin que sea necesaria la prueba de su culpa que resulta revelada por el hecho dañoso (ver *infra*, nº 1504).

En cambio, si el daño es *causado por el riesgo* de la cosa, el transportador benévolo no es responsable. La reparación del daño en ese caso (art. 1113, 2ª parte) no tiene por base la culpa del transportador sino el *hecho de la creación del riesgo*, en cuyo hecho ha participado conjuntamente con el transportador el propio transportado.

1331. ACCIDENTES DEPORTIVOS.– El deporte no sólo es una actividad lícita (conf. arts. 2052, 2055 y 2056), sino plausible por su contribución a la formación integral del hombre, como medio de recreación y esparcimiento, y como factor de promoción de la salud de la población (arg. art. 1º, incs. a], b] y c] de la ley 18.247).

La actividad deportiva consiste en la aplicación de la energía física o mental, con intensidad superior a la normal, en un juego o competición, conforme a reglas preestablecidas, generalmente con intención recreativa.

1332. RESPONSABILIDAD DEL JUGADOR FRENTE A UN CONTENDOR O COMPETIDOR.– Mientras el jugador actúa sin transgredir las reglas del juego no incurre en responsabilidad por el daño que pueda causar a un contendor. El acto realizado es lícito y mientras no haya abuso no hay responsabilidad. Por lo demás, el adversario se expone a las contingencia del juego que ha aceptado voluntariamente: de ahí que un boxeador no es reprensible por el castigo que inflija el adversario. Sólo surge la responsabilidad cuando el daño se comete en infracción a las reglas del juego. La responsabilidad es la *contractual* u *ordinaria* porque el deportista culpable infringe el deber preestablecido configurado por las reglas del juego, y que el adversario había aceptado convencionalmente. Si el acto culpable es calificado como *delito penal*, el damnificado puede *optar* por las normas de la responsabilidad *cuasidelictual* (arg. art. 1107, *supra*, nº 1327), y aunque no exista esa calificación como delito penal, el damnificado puede acogerse a las disposiciones de la responsabilidad *delictual* cuando el acto dañoso haya sido obrado con la intención de perjudicar al damnificado.

1333. RESPONSABILIDAD DEL DEPORTISTA FRENTE A TERCEROS.– La práctica del deporte puede resultar dañosa para terceros, por ejemplo, el corredor de automóviles que por la velocidad impresa al vehículo no puede evitar el impacto a un transeúnte que se cruza en su camino, o que para sortearlo pierde el dominio de la máquina y embiste a varios espectadores, como lamentablemente ha ocurrido. En el caso el deportista está incurso en responsabilidad *extracontractual* si se llenan los requisitos de la misma (ver *supra*, nº1309), especialmente lo relativo a su culpa. Para la apreciación de la culpa, es fundamental saber si el deportista cumplió con las reglamentaciones pertinentes que son indicativas de la conducta correcta insusceptible de comprometer su responsabilidad frente a extraños. Así, según se ha dicho, si él juega en un terreno preparado para la práctica del deporte, "no tiene por qué preocuparse de otra cosa que seguir las reglas

143

del juego, debiéndosele excusar que no tenga cuidado de los espectadores si no se ha dado cuenta de que podía lesionarlos".

1334. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO DEL ESPECTÁCULO DEPORTIVO.– El deporte, además de ser una práctica saludable que favorece a quien lo realiza, suele ser un espectáculo vistoso y emocionante que concita la atracción de muchos espectadores. De ahí que surja la empresa del espectáculo deportivo, que generalmente con un fin de lucro brinda al espectador un lugar donde contemplar un partido, un torneo, etcétera. Entre el organizador del juego y el espectador se celebra un contrato innominado, porque no está configurado en los tipos específicos del Código Civil, que ha sido llamado de *espectáculo público*. Cuando a causa del desarrollo de dicho espectáculo un espectador sufre un daño, surge el problema de determinar si hay responsabilidad del organizador del juego, y en caso afirmativo cuál es la índole de esa responsabilidad.

En cuanto a lo primero, no cabe duda que el organizador del espectáculo deportivo que lo brinda al público con fin de lucro, se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de este hecho; es la *cláusula de incolumidad* que se entiende incorporada tácitamente a todo contrato en el cual la suerte de la persona de uno de los contratantes que satisface una prestación queda confiada a la otra parte, como ocurre típicamente en el contrato de transporte. Cuadra entonces concluir que el empresario del espectáculo incurre en responsabilidad *contractual* si incumpliendo el mencionado deber de seguridad permite que el espectador sufra un daño a causa del mismo espectáculo que él ha ofrecido. El mencionado deber de seguridad configura una obligación de *resultado* (*supra*, nº 134), por lo que le basta al damnificado probar que sufrió el perjuicio a *causa* del desarrollo del espectáculo, sin necesidad de probar la culpa del empresario.

Cabe advertir que siendo la responsabilidad del empresario de índole *contractual*, ella no se *acumula* a la que podría corresponderle como dueño o guardián de las cosas destinadas para el uso del espectador, como tribunas, etcétera. Si por derrumbe de la tribuna el espectador se lesiona, su pretensión resarcitoria se rige por los arts. 519 y 520 y no por el art. 1113, a menos que el hecho dañoso sea configurado como delito del derecho criminal.

Sobre esta cuestión el art. 51 de la ley 23.184, modificado por la ley 24.192, establece que "las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios".

1335. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEPORTIVA CON RESPECTO AL DEPORTISTA.– La práctica del deporte la realiza el deportista por su cuenta y riesgo. El club o entidad deportiva que pone a disposición de los jugadores sus instalaciones e instrumentos de juego, no ha celebrado con ellos contrato alguno que obligue a la reparación del daño que puedan experimentar. Sólo puede hacerse valer contra el club una responsabilidad *aquiliana* o *extracontractual*, con arreglo a los principios generales, en función de la propiedad o guarda de las cosas productoras del daño, o de la culpa en que incurrieran sus empleados.

Esta situación puede variar con respecto a los jugadores profesionales que el club ha contratado, pues, entonces la solución depende de los términos del respectivo contrato.

Se ha discutido mucho cuál es la naturaleza de la relación jurídica que liga al jugador de fútbol con el club que lo ha contratado. En un primer momento se consideró que no se configuraba en este caso un contrato de trabajo (Cámara Nac. de Apelaciones del Trabajo en pleno, autos: "Vaghi Ricardo c/Club Atlético River Plate", 31/X/1952, *J.A.*, 1953-I, pág. 90); en un plenario posterior, se decidió por mayoría lo contrario, esto es que el jugador y la entidad deportiva que utiliza sus servicios se encuentran ligados por un verdadero contrato de trabajo (Cám. Nac. de Apelaciones del Trabajo, en pleno, 15/X/69, autos: "Ruiz Silvio c/Club Atlético Platense", *J.A.*, 6-1970, pág. 198).

A su vez, la ley 20.160 que sanciona el estatuto del jugador de fútbol profesional, establece que la relación entre las entidades deportivas y los jugadores de fútbol profesionales se regirá por las disposiciones de esa ley y por las del respectivo contrato. Subsidiariamente se aplicará la legislación laboral vigente que resulte compatible con las características de la actividad deportiva. Sin perjuicio de esta aplicación supletoria de la legislación laboral, las normas de la propia ley que reglan las obligaciones de las partes establecen una típica relación laboral, en cuanto a dependencia, obligaciones recíprocas, poder disciplinario del empleador, obligaciones previsionales, etcétera. En consecuencia, los accidentes que el futbolista profesional sufra en el ejercicio de su actividad generan la responsabilidad de la entidad deportiva en los términos de la ley 24.028 (ver *infra*, núms. 1557 y sigs.).

En orden a la responsabilidad por accidentes de trabajo la ley 20.160 obliga a los clubes a contratar un seguro de amplia cobertura para cubrir accidentes que ocurran durante competencias, entrenamientos y traslados, en el país o en el exterior.

Cuando el jugador presta servicios en equipos representativos de la asociación a la cual la entidad deportiva está afiliada, las obligaciones del club se transfieren a esta entidad.

1336. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O *IN CONTRAHENDO*.– Nos remitimos a lo que hemos señalado *supra*, números 142 y siguientes.

1337. NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS.– La cuestión que plantea la nulidad o anulabilidad de los actos jurídicos es la de saber si la parte que ha originado la invalidez –el incapaz, la víctima del error, el causante de la violencia empleada, etcétera– es responsable ante la otra parte por los perjuicios que la nulidad o anulación le causa, y en su caso, cuál es la índole de tal responsabilidad. El caso es contemplado por el art. 1056 que establece que "Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas".

Esto significa que el acto inválido, sea nulo o anulable, independientemente de su ineficacia como acto jurídico en razón de la invalidez que lo afecta, puede configurar un *acto ilícito* si reúne los elementos de tal.

La índole de la responsabilidad es indudablemente extracontractual, porque en razón de la invalidez, el autor del daño no está ligado con el damnificado por contrato válido alguno, ni mantenía con él relación jurídica que hubiera puesto a su cargo cierta obligación determinada. En verdad, la reparación del daño causado se le impone al responsable como sanción por la infracción al deber general de prudencia y diligencia que pesa sobre cualquier persona.

1338. INOPONIBILIDAD DE ACTOS JURÍDICOS.– La materia de la *inoponibilidad* del acto jurídico que se ha efectuado puede originar daños, por lo que se plantea la cuestión de su reparación.

Un acto es inoponible respecto de una persona cuando ésta puede prescindir de tal acto como si no se hubiese realizado, por ejemplo, el acreedor de fecha anterior para quien no tiene valor la enajenación de un bien del deudor efectuada en fraude o perjuicio de sus derechos. Empero, como el acto, pese a su inoponibilidad, puede haber originado daños, como la realización de gastos para poner en claro la intangibilidad del derecho del acreedor, y como tal acto es válido entre las partes intervinientes, se plantea la cuestión de saber si hay responsabilidad que obligue a la

reparación de los daños sobrevinientes al otorgamiento del acto inoponible, y cuál es la índole de esa eventual responsabilidad.

a) En cuanto al *tercero* que resulta *damnificado* por el otorgamiento del acto que no le es oponible, no es dudoso que tiene derecho al resarcimiento del daño sufrido. En esos casos la responsabilidad es *extracontractual* cuando los autores del acto inoponible no están ligados jurídicamente con el damnificado, por ejemplo, si alguien creyéndose dueño de una cosa ajena la vende como propia. En cambio, la responsabilidad es *contractual* para aquel autor del acto inoponible que estuviese vinculado jurídicamente con el tercero damnificado: por ejemplo, el apoderado que obra en exceso de sus poderes.

b) En cuanto a la *parte* del acto inoponible que resulta damnificada por la culpa del otro contratante, la responsabilidad en que éste incurre es de índole *contractual*.

1339. RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES LIBERALES.– Estudiamos este punto al tratar de las responsabilidades especiales (ver *infra*, núms. 1542 y sigs.).

1340. COMPLICIDAD DE TERCEROS EN LA INEJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.– Cuando el incumplimiento de un contrato resulta de la complicidad o connivencia de un *tercero*, por ejemplo, si un boleto de compraventa no se cumple por el vendedor que enajena el bien a un tercero que tiene conocimiento del compromiso de aquél frente al comprador, o si se transfiere una locación contra la prohibición de la ley, se plantea el problema de la eventual responsabilidad del tercero con respecto al contratante frustrado en la satisfacción del interés garantizado por el contrato. Independientemente de su acción resarcitoria contra el contratante incumpliente, contra quien podrá hacer valer la innegable responsabilidad contractual, ¿cuál es el derecho del damnificado contra el tercero complicado en el perjuicio sufrido?

a) Según una primera *opinión* ese tercero, que es un extraño para el damnificado puesto que no está ligado con él por vínculo jurídico alguno, incurre en responsabilidad *delictual*, y la índole de esa responsabilidad influye sobre la situación de su cómplice, el otro contratante, el cual queda también, por efecto de la calificación que merece el tercero, incurso en responsabilidad delictual. Esta opinión no es aceptable porque de ella re-

1484

sultaría el absurdo de que la obligación accesoria del tercero cómplice impondría su régimen a la obligación principal del contratante coautor del daño.

b) Según Demogue, el tercero cómplice del incumplimiento contractual, se introduce por su acto en el régimen del contrato y resulta pasible también de responsabilidad *contractual*. Este criterio dogmático es inadmisible, porque no teniendo el tercero relación jurídica previa con el damnificado, no cabe hablar de responsabilidad contractual.

c) La opinión más acertada y que cuenta con el auspicio de la doctrina predominante considera que la responsabilidad del tercero cómplice de la inejecución de un contrato, es de índole *extracontractual* sin que ese carácter se vea influido, ni influya, sobre la responsabilidad *contractual* del contratante con cuya inejecución se ha complicado el tercero.

1341. DAÑOS A TERCEROS PRODUCIDOS EN EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS.– Cuando el acto de cumplimiento de un contrato causa un daño a una persona ajena al contrato, el damnificado sólo puede alegar, previa conjunción de los requisitos pertinentes, la responsabilidad *extracontractual* del causante del daño, sin que éste pueda eximirse de la reparación, alegando que ha actuado en el ámbito de los hechos lícitos como es la ejecución de obligaciones convencionales, ni tampoco pretender limitar el resarcimiento dentro de los confines indicados por las reglas de la responsabilidad contractual. Son conclusiones impuestas por la consideración elemental de que el contrato es para el tercero damnificado *res inter alios*, cosa de la que puede hacer abstracción al reclamar la reparación del daño sufrido (arg. arts. 1195, parte final, y 1199), como si tal contrato no hubiese existido.

La jurisprudencia ha aplicado esos principios con motivo de daños causados a terceros mediante construcciones realizadas en la ejecución del contrato de locación de obra, en cuyos casos ha admitido la responsabilidad extracontractual del constructor por esos daños.

II. ELEMENTOS DEL ACTO ILICITO

1342. ENUNCIACIÓN.– Según la exposición doctrinaria clásica, son cuatro los elementos esenciales del acto ilícito, a saber: 1) la *violación de la ley*; 2) la *imputabilidad* del acto al responsable; 3) el *daño resarcible*; 4) la *relación de causalidad entre el hecho obrado y el daño*. De los elementos expresados, uno es *subjetivo*, la imputabilidad del acto, que depende de las condiciones propias del sujeto que obra; los restantes son *objetivos* porque se aprecian con prescindencia de las calidades del agente que obra.

1343. VIOLACIÓN DE LA LEY.– El primer elemento del acto ilícito es la infracción de la ley, carácter que resulta categóricamente del art. 1066: *Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes, ordenanzas municipales o reglamentos de policía..."*

La norma legal aquí aludida es la impuesta con carácter general por la autoridad pública competente, se trate de una ley nacional o provincial, de una ordenanza municipal, o de un reglamento de policía. Es decir hablamos de leyes en el sentido material o sustancial, y no de leyes en sentido formal.

Sólo los actos que infringen una *prohibición legal* pueden comprometer la responsabilidad del agente por los daños que él pueda causar. Si no juega tal prohibición, el sujeto que obra ha hecho legítimo empleo de una libertad que le reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional, y mientras haga ejercicio regular de sus derechos (art. 1071), no está obligado a indemnizar los daños que se deriven de su actividad, que no serán *daños injustos*.

La prohibición legal no necesita ser expresa; puede ser tácita si resulta con nitidez de la ley. Así el homicidio, hecho de máxima ilicitud, no está expresamente prohibido, no obstante lo cual no puede dudarse de su carácter de hecho ilícito, ya que la ley lo sanciona severamente.

1344. TRANSGRESIÓN DE LA MORAL.– Se trata de saber si la infracción a la moral y buenas costumbres puede originar un acto ilícito civil. Desde el punto de vista del derecho positivo el codificador ha distinguido la materia contractual de la extracontractual. El acto inmoral no puede ser objeto de un contrato, pues en esa hipótesis el contrato sería una causa ilícita de obligación (arg. arts. 502, 953 y 1167). En cambio, ese acto inmoral no configura un acto ilícito civil, si falta la reprobación expresa de la ley.

Sería aconsejable que en una próxima reforma del Código Civil sea calificada como una especie de acto ilícito toda transgresión a sabiendas de la regla moral que, desde luego, sea dañosa para otra persona. Así lo hacen el Código Civil alemán, el Código suizo de las obligaciones y el Anteproyecto de Código Civil para la República Argentina de 1954.

1345. RESPONSABILIDAD POR ABSTENCIÓN: DELITO DE OMISIÓN; QUID DE LOS CUASIDELITOS POR OMISIÓN.– Cuando alguien se abstiene de realizar un acto que podría haber efectuado y se sigue de tal abstención u omisión el daño ajeno ¿es responsable por ese daño? Para responder al interrogante debe hacerse una distinción: la abstención puede hacerse con la *intención de causar daño ajeno*, o bien puede realizarse *sin tal intención*. En el primer caso se configura un *delito de omisión* y en el segundo caso sólo un cuasidelito.

No cabe duda acerca de la responsabilidad de quien comete un delito de omisión, que resulta del art. 1073, según el cual *"el delito puede ser un hecho negativo de omisión..."*.

Por tanto, en materia de delitos ninguna diferencia hay que hacer entre delitos por *comisión* o por *omisión*. Lo mismo muestra una voluntad maligna quien arroja una persona al río para que se ahogue, o quien la induce a que entre al agua prometiéndole enseñarle a nadar para luego abstenerse a designio de darle ayuda dejándola ahogarse. Basta que la *abstención maligna* haya sido cumplida "con intención de dañar la persona o los derechos del otro" (art. 1072) para que el *delito civil de omisión* quede configurado.

En lo que hace a los cuasidelitos las opiniones de la doctrina han sido divergentes en torno a la interpretación del art. 1074, ya que de acuerdo con este precepto la responsabilidad sólo existiría "cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

Según una interpretación literal del precepto estaría exento de responsabilidad quien se abstiene de obrar cuando la ley no le ha impuesto en forma específica el deber de hacerlo. Para otra corriente doctrinaria más amplia, hay responsabilidad por omisión toda vez que quien se abstiene de actuar infringe así una *obligación jurídica* de obrar, entendiendo por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, y que está impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos.

A nuestro juicio, para interpretar el art. 1074 corresponde emplear el método de exclusión eliminando paso a paso las conductas que tornan responsable a quien se abstiene del daño que surge de su abstención: el remanente de conductas posibles es lo que queda comprendido en la directiva del art. 1074 impidiendo la acción resarcitoria contra el omitente. a) Por lo pronto están excluidos del campo de aplicabilidad del art. 1074 los delitos civiles por omisión. b) Siguen al margen de la disposición del art, 1074 las

omisiones culposas en el curso de la actividad de las personas; hay omisiones que son típicamente configurativas de culpa, por tratarse de omisión de diligencias apropiadas para evitar un daño sobreviniente (arg. art. 512). Es el caso del automovilista que por desatención *omite* frenar el vehículo y atropella al peatón, o no realiza la maniobra adecuada para sortearlo. c) Por exclusión de las conductas mencionadas queda circunscripto el art. 1074 a las *abstenciones puras y simples*. La abstención pura y simple consiste en una inactividad fundamental del sujeto que en principio no compromete la responsabilidad del sujeto inactivo.

Esta irresponsabilidad del agente, cesa por lo pronto cuando la ley obliga a cumplir el hecho omitido (art. 1074); así los parientes de un menor huérfano que omiten poner en conocimiento de los magistrados la orfandad o la vacancia de la tutela (art. 378) son responsables de los perjuicios que sufra el menor a causa de esta inacción. Lo mismo ocurre cuando la ley sanciona la inacción, como por ejemplo la abstención de auxilio a una persona amenazada que se incrimina con pena de multa (art. 108, Código Penal).

La tercera excepción al principio de irresponsabilidad es de tal amplitud que reduce considerablemente el campo de aplicación del art. 1074. En efecto, hay *obligación jurídica de obrar* siempre que la abstención implique un ejercicio abusivo de la libertad de actuar o quedar inactivo. Si bien en principio cualquier persona tiene el derecho de abstenerse de obrar y, en principio, su inactividad no puede ser el antecedente que permita imputar al sujeto inactivo la comisión de un hecho ilícito negativo, tal libertad cesa cuando "excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (art. 1071), porque entonces falta el *ejercicio regular* del derecho de abstenerse y el sujeto está impelido a obrar para evitar el daño que pueda sufrir otra persona como consecuencia de esa abstención, si la abstención es la causa del daño.

Sin embargo, no hay obligación jurídica de obrar cuando la acción tendiente a evitar el daño implicase para el sujeto arrostrar un riesgo para su persona. Si hay riesgo personal en actuar no se le puede reprochar al sujeto que permanezca inactivo, pues a nadie se le puede obligar a que practique la virtud de la abnegación en grado heroico.

Si el riesgo de obrar incide sobre los bienes de quien se abstiene, la situación cambia fundamentalmente, pues debe entenderse que hay obligación jurídica de actuar cuando está en peligro la vida ajena, o aun si es segura la pérdida de bienes ajenos de valor extremadamente superior a los que habría que sacrificar para salvarlos. Sin duda quien se perjudica para

145

evitar el daño del prójimo, en la persona o bienes de éste, puede demandar el reintegro del valor que él ha sacrificado para conseguir ese resultado (art. 2298).

Cuando para salvar la vida del prójimo el agente sacrifica no bienes propios, sino bienes de un tercero, está exento de responsabilidad frente a éste último siempre y cuando pueda invocar la *causa de justificación* consistente en el estado de necesidad (ver *infra*, núms. 1349 y sigs.).

1346. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.– Un acto aparentemente ilícito puede no serlo cuando las circunstancias de su realización justifican el proceder del agente. Entre esas *causas de justificación*, cabe mencionar la *legítima defensa*, el *estado de necesidad*, la *obediencia debida y la justicia por mano propia o autoayuda*, en cuyas situaciones por suscitarse un conflicto de deberes o de intereses legítimos, el agente no resulta responsable por haberse atenido al deber de jerarquía preeminente, o por haber resguardado sin abuso un interés legítimo. Empero, si ello excluye la responsabilidad de un agente que en circunstancias ordinarias quedaría comprometido, no impide que por el juego de otros principios pueda el autor del daño verse precisado, según los casos, a satisfacer una indemnización total o parcial: es que la causa de justificación exime de responsabilidad y, por consiguiente, impide que se origine la obligación de reparar el daño causado fundada en ese título: pero no obsta, desde luego, que en virtud de otra causa jurídica –gestión de negocios, empleo útil o en general enriquecimiento sin causa– pueda el damnificado lograr una indemnización total o parcial del daño.

1347. A) LEGÍTIMA DEFENSA.– Cuando alguien frente a una agresión ilegítima y no provocada, emplea un medio racional y suficiente para impedirla o repelerla, no responde por el daño que pueda causar al agresor.

1348.– A diferencia del Código Penal que declara no punible ese daño (art. 34, inc. 6º), el Código Civil no contiene un precepto que establezca la irresponsabilidad con carácter general, pero el principio general resulta de distintos artículos: así el art. 1111 veda al que causa el propio daño reclamar indemnización; el art. 911 autoriza al agredido a impedir el daño intentado cuando no pueda intervenir oportunamente la autoridad pública; de acuerdo con el art. 2470 el poseedor de una cosa de la cual se le intente despojar, puede repeler "la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde", y si es despojado puede recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo si no excede los límites de la propia defensa. Sin duda, cabe generalizar esta solución para la protección de toda clase de bienes y derechos, y el ejercicio regular de este derecho de defensa "no puede constituir como ilícito ningún acto" (art. 1071).

Las condiciones del ejercicio regular del derecho de defensa propia son las siguientes:

a) *Agresión ilegítima*: Es el ataque injusto llevado contra la persona o los bienes de otro. Lo que importa es la *injusticia* del ataque, es decir que la agresión sea contraria al ordenamiento jurídico; así, el empleo de la fuerza por el oficial de justicia que procede al desalojo de un local, por orden judicial, no constituye una agresión ilegítima; si el intimado se resiste no hace un ejercicio regular de su derecho de defensa.

b) *Agresión actual y no potencial*: Para que el proceder del amenazado resulte justificado es menester que el ataque que se le lleva sea *actual*, es decir que produzca su eficacia nociva en el momento de la defensa del agredido. Un ataque *potencial* no justifica la réplica violenta del amenazado; aquí corresponde efectuar la denuncia ante la autoridad pública para que ésta provea a la prevención del daño.

c) *Agresión contra la persona o los bienes*: Está igualmente justificado en su reacción violenta el agredido, sea que se lo amenace en su persona o en sus bienes, o en la persona o los bienes de otro que puede ser moralmente identificado con él, como su cónyuge, ascendiente o descendiente. Si la agresión es dirigida contra un verdadero extraño, sólo el ataque a su persona autoriza a quien es testigo de ese atentado a intervenir por su propia autoridad.

d) *Falta de provocación suficiente de parte del agredido*: Para que juegue esta causa de justificación es menester que el agredido no haya provocado la agresión. Si contrariamente él la hubiese incitado, por ejemplo zahiriendo al agresor, no podría quejarse de la reacción de éste, salvo que fuese desmesurada para la provocación recibida.

e) *Necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión*: Este es un requisito clave para asegurar la exención de responsabilidad de quien alega esta causa de justificación, sea el propio agredido o un tercero. La defensa violenta de los derechos sólo es legítima cuando el medio que se emplea es *proporcionado* al ataque recibido, y *suficiente*

para detenerlo. Una reacción excesiva no excusa al causante del daño, y lo obliga a compartir con el agresor –culpa concurrente– la reparación del daño que éste ha sufrido.

1349. B) ESTADO DE NECESIDAD.– Hay *estado de necesidad*, como causa eximente de responsabilidad, cuando alguien para evitar un mal grave e inminente al que ha sido extraño, causa un daño a otro: en tal caso él no incurre en responsabilidad si el perjuicio ocasionado es incomparablemente inferior al evitado y no ha habido otro medio para impedir este último.

Mientras en la legítima defensa, la inminencia del mal tiene un autor definido que es el injusto agresor, lo que justifica la reacción contra él, en el estado de necesidad el mal se origina en el apremio y dureza de las anónimas circunstancias exteriores (la violencia objetiva) y la reacción frente a ellas se descarga sobre un damnificado inocente, lo que torna más incierta la búsqueda de una solución justa.

1350. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO NECESARIO.– Las teorías sobre el particular son por demás dispares:

a) *Teoría del acto ilícito.* Sostenida por la doctrina clásica afirma que el acto necesario es un acto ilícito, ya que nadie estaría autorizado para sacrificar un bien ajeno para evitarse a sí o a otros un mal.

b) *Teoría del acto "extra-jure".* Sostiene que el acto necesario está más allá del derecho que no está en condiciones de prohibirlo o permitirlo. Sin duda se trata de una posición inadmisible, pues si una acción humana interfiere derechos ajenos, el derecho debe pronunciarse aprobando o desaprobando lo obrado.

c) *Teoría del acto lícito.* Es la tesis generalmente seguida por la doctrina y que ha sido adoptada para ciertas situaciones particulares por algunos códigos modernos.

Se considera que frente a las circunstancias extraordinarias en que se ha encontrado el agente, su proceder al sacrificar algún bien para salvar otro socialmente más valioso, es aprobado por el derecho.

d) *Teoría del acto involuntario.* Nosotros pensamos que cuando el sujeto enfrenta circunstancias exteriores tan duras y apremiantes que le crean un estado de necesidad, su actividad no es libre sino está determinada por el constreñimiento que le imponen las circunstancias ajenas a él. Es

la *violencia objetiva* similar a la *violencia subjetiva* en cuanto a la supresión esencial de la libertad moral del sujeto que obra: la situación anímica es la misma, sea que se violente al agente obligándolo a apoderarse de una cosa ajena bajo la amenaza de infligirle un mal grave e inminente, sea que el sujeto practique ese apoderamiento como único medio de eludir un mal de idéntica gravedad e inminencia, por ejemplo, el hurto famélico de un náufrago, constreñido por las circunstancias a apoderarse de alimentos ajenos o sucumbir.

Si el autor del hecho dañoso está privado sustancialmente de libertad, su proceder *no es voluntario* (arg. art. 897) y consiguientemente no puede ser calificado como lícito o ilícito, ya que sólo "los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos" (art. 898, 1ª parte). Y no siendo voluntario, ese comportamiento "no produce por sí obligación alguna" (art. 900, *in fine*), es decir no es apto para comprometer la responsabilidad del agente por el daño que él materialmente ha causado, pero obrando sin libertad.

e) *Teoría del acto inculpable.* Es la tesis de Mazeaud y Tunc, para quienes se explica la irresponsabilidad del sujeto del acto necesario por su *ausencia de culpa*. Según estos autores, para apreciar la posible responsabilidad del agente, "en las hipótesis de coerción (*contrainte*), lo que importa, como en todo problema, es investigar si un individuo normal, colocado frente a la amenaza del daño, hubiese obrado como el demandado: si él habría causado un perjuicio para eludir esa amenaza".

Es una opinión enteramente correcta si se considera que el acto necesario es voluntario, criterio que no compartimos, según lo hemos expresado precedentemente.

1351. REQUISITOS DEL ACTO NECESARIO.– Para que resulte configurado el estado de necesidad como *causa de irresponsabilidad* es menester que concurran los siguientes requisitos:

a) Que el agente sienta el "temor fundado de sufrir un mal inminente y *grave*" (art. 937).

b) Que el agente *no sea culpable* del peligro que lo amenaza. Si ha sido por su negligencia o imprudencia que se ve expuesto a ese peligro no puede alegar ahora que obra privado de libertad, porque era libre en el momento inicial de la actividad: *actio libera in causa.*

c) Que el daño ajeno sea *el único modo* de evitar el peligro que amenaza al agente. Si existiera otra posibilidad de eludir ese mal, ya no estaría

146

configurado el estado de necesidad, pues el sujeto habría gozado de la libertad de optar por una vía de acción inocua para el damnificado, aunque pudiese resultar más onerosa para el agente.

d) Que el daño ajeno sea *incomparablemente menor al evitado*. Tiene que existir total desproporción de importancia entre los intereses en juego. Existe esa desproporción de importancia cuando se salva la vida a expensas de la pérdida de los bienes ajenos (diferencia cualitativa), pero no lo hay si para lograr aquel resultado hay que causar la muerte del prójimo: una vida humana, en sí misma considerada no es más valiosa que otra. Cualquier hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como medio por otro hombre. Cuando sólo están los *bienes* en juego, sigue siendo válido el principio de la diferencia cualitativa.

e) Que finalmente, el daño ajeno sea de *carácter patrimonial*. A este respecto hay una diferencia fundamental en el régimen civil o penal del estado de necesidad, pues mientras los penalistas conceptúan que no es punible quien atenta contra la vida del prójimo como único medio de salvar la vida propia, es difundida la doctrina de los civilistas en el sentido de que aquél sólo comprende los ataques a los bienes ajenos pero no los atentados personales que siguen siendo ilícitos en orden a la responsabilidad civil del agente.

1352. CUESTIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.– Se ha controvertido si hay obligación de reparar el daño causado en estado de necesidad. Examinaremos las distintas tesis al respecto y su fundamentación, así como los criterios aplicables para definir la extensión del resarcimiento del daño necesario.

1353. A) TESIS NEGATIVA.– Se ha sostenido que no procede la reparación del daño necesario. Quienes así opinan parten de la teoría de que el acto necesario es un *acto lícito* y, entonces, claro está, el agente no podrá ser obligado a reparar el perjuicio derivado de una conducta conforme a derecho.

Otros autores, si bien consideran al necesario un *acto ilícito*, estiman que es inimputable, por haberse obrado el daño bajo la presión de la fuerza mayor que excusa al agente.

1354. B) TESIS POSITIVA.– Para la mayoría de los autores el daño causado en estado de necesidad debe ser reparado. Sin embargo, discrepan en

cuanto al *fundamento de la obligación de indemnizar*, lo que es decisivo para definir el régimen aplicable a esa obligación: prescripción, prueba, daño moral, extensión del resarcimiento, etcétera.

1355. a) TEORÍA DEL ACTO ILÍCITO.– Este es el enfoque más simple: el estado de necesidad es un factor irrelevante que en nada altera la responsabilidad del agente por el daño causado, por lo que le serían aplicables los principios de los actos ilícitos.

Es una postura muy vulnerable que no acierta a explicar por qué el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave sea causa de anulación cuando se trata de un acto jurídico y no produzca, en cambio, efecto alguno tratándose de un acto aparentemente ilícito.

1356. b) TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.– Para varios autores que sustentan una concepción que, según pensamos, no ha sido refutada aunque puede ser completada, el autor del daño necesario debe reparación al damnificado a título de *enriquecimiento sin causa*.

Por hipótesis, el agente que obra en estado de necesidad obtiene un provecho consistente en el daño evitado: es un enriquecimiento negativo porque, según se ha dicho, "salva a la persona amenazada del empobrecimiento que irremediablemente hubiese sufrido". Esa pérdida evitada, es un bien tangible que subsiste indemne en el patrimonio del beneficiario del acto necesario, y como éste no tiene *título* para conservarlo a costa del damnificado, surge un crédito a favor de éste, originado precisamente en el *hecho* del enriquecimiento sin causa.

1357. c) TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN PRIVADA.– Para Demogue y otros autores el crédito del damnificado se funda en una expropiación por causa de *utilidad privada* cumplida por el agente. La explicación es inconvincente por la falta de analogía entre esas situaciones. La expropiación es un instituto de derecho público que se funda en la supremacía del bien común sobre los intereses particulares: sólo a la autoridad le incumbe definir cuándo este último debe ceder ante aquél. En cambio, el daño necesario plantea un conflicto de intereses particulares para cuya composición es impropia la idea de una expropiación decidida por un particular en desmedro de otro.

1358. d) TEORÍA DE LA EXIGENCIA DE EQUIDAD.– Según varios autores el fundamento de la obligación de reparar el daño necesario es la *equidad* y

la *solidaridad social*. El daño necesario muestra una situación de la que son inocentes tanto el autor del perjuicio como el damnificado, porque, como dice Giorgi, "en verdad, dañador y dañado no son, en definitiva, más que dos víctimas de un hecho mismo, que es el primer origen del daño."

Si bien estas concepciones que responden a una exigencia de equidad son sumamente convincentes para preconizar *de lege ferenda* una reforma legislativa que establezca la obligación de reparar el daño necesario, pensamos que en ausencia de un texto legal el intérprete no puede sino lamentarse de esa ausencia, sin por ello estar autorizado a sustituirse al legislador.

1359. e) NUESTRA POSICIÓN.– Nosotros creemos que la reparación del daño necesario debe encararse en función de las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente, las cuales si bien no dedican a ese asunto un tratamiento específico, contienen, en cambio, normas generales directamente aplicables al género de actos involuntarios, dentro del cual se ubica, como especie de ese género, el acto necesario (ver *supra*, nº 1309).

A ese respecto dispone el art. 907, que cuando por los hechos involuntarios se causa un daño a otro "*sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido*".

Es exactamente el caso del autor del daño obrado en estado de necesidad, quien por hipótesis se beneficia en la medida de la pérdida evitada, con el daño que él ha causado, aunque involuntariamente.

Así, pues, en la generalidad de los casos el art. 907, primera parte, provee una solución adecuada.

Si por excepción se tratara de un daño necesario *irregular*, como es dable calificar al que por un caso fortuito no redunda en beneficio del agente, sería aplicable la segunda parte del artículo 907, que autoriza al juez a fijar un resarcimiento equitativo, que contemple por igual "*la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*".

1360. RÉGIMEN APLICABLE A LA REPARACIÓN DEL DAÑO NECESARIO.–

a) *Prescripción*: Es la decenal del art. 4023. No es aplicable la prescripción bienal del art. 4037 porque el autor del daño necesario no es responsable, ya que está cubierto por esa causa de irresponsabilidad que es el estado de necesidad.

b) *Daño moral*: La indemnización del daño necesario no comprende la reparación del daño moral. Falta aquí el elemento culposo que dentro de nuestro régimen es requisito necesario para que proceda la indemnización del daño moral.

c) *Extensión del resarcimiento*: El daño necesario sólo se integra con las *consecuencias inmediatas y necesarias* del hecho dañoso (arg. art. 520). No son computables las consecuencias mediatas de ese hecho, porque el autor del daño necesario no ha cometido ni puede cometer dolo obligacional (*supra*, nº 111), no siéndole, entonces, aplicable el nuevo art. 521 que supone la comisión de ese tipo de dolo.

d) *Modo de efectuar la reparación*: La indemnización se satisface en dinero, previa valuación del daño inmediato sufrido por el damnificado (arg. art. 519), en términos pecuniarios actuales, es decir, del tiempo de la sentencia, por tratarse de una *deuda de valor*.

e) *Mancomunidad de la deuda*: Cuando dos o más personas son autoras de un daño necesario, la reparación se divide entre ellas en proporción al beneficio que cada cual obtiene, y por partes iguales si no hay razón para discriminar entre los deudores (arg. arts. 674 y 691), todo ello por imperio del *principio general de fraccionamiento (supra*, nº 804).

La deuda resultante del acto necesario *no es solidaria* por cuanto no le son aplicables a ese acto los arts. 1081 y 1109, última parte, propios de los actos ilícitos.

f) *Mora*: Una cuestión incierta, en razón de la técnica defectuosa empleada por el legislador de 1968 en esta materia, es la relativa al modo de *constitución en mora* del deudor de la reparación del daño necesario.

Nosotros pensamos que siendo la mora un estado de conciencia, resultante de la creencia compartida por acreedor y deudor acerca del incumplimiento de la deuda, el obligado *pasa* a estar en mora desde que esclarecida la existencia y cuantía de la obligación, *él se niega a pagar la deuda*.

g) *Prueba*: Como en toda pretensión resarcitoria, la *prueba* del daño le incumbe al interesado. Pero si el autor del daño necesario, para eximirse de la obligación de reparar, alega que él no se ha beneficiado con aquel

147

daño, debe producir la *prueba del caso fortuito o fuerza mayor* que hubiese obstado al aprovechamiento de la acción dañosa emprendida por él.

1361. REPARACIÓN DEL DAÑO NECESARIO CAUSADO PARA EVITAR UN DAÑO PERSONAL.– Cuando el agente obra el daño ajeno para evitarse a sí mismo un mal que incide en su propia persona, o en la de su *cónyuge, descendiente o ascendiente*, la reparación no puede ajustarse al criterio del art. 907, primera parte, ya que el beneficio logrado no es susceptible de apreciación pecuniaria.

Por tanto en esta hipótesis funciona el *criterio de la indemnización de equidad* enunciado por el art. 907, segunda parte, que es subsidiario del anterior.

1362. REPARACIÓN DEL DAÑO NECESARIO OBRADO EN AMPARO DE UN EXTRAÑO.– El agente que obra sólo movido por la protección a un tercero, puede hacerlo para evitar un daño inminente y grave que amenaza la *persona* o los *bienes* de ese tercero. El tratamiento de la situación sobreviniente difiere en uno u otro caso.

1363.– a) Cuando el acto necesario evita un daño que habría seguramente sufrido la *persona* de un *tercero*, el agente no incurre en responsabilidad.

El ha obrado un *daño involuntario (supra,* nº 1350) y no ha obtenido provecho, por lo que no existe enriquecimiento sin causa (art. 907, 1ª parte), pero resulta alcanzado en sus relaciones con el damnificado por la indemnización de equidad que prevé el art. 907, segunda parte.

En lo que se refiere a las relaciones con el tercero, para cuya salvación se ha obrado, se aplican las reglas de la gestión de negocios, y el tercero debe reembolsarle al agente lo que éste hubiere pagado en concepto de indemnización al damnificado (art. 2298, cláusula 1ª).

1364.– b) Cuando el acto necesario evita un daño que habría redundado en desmedro de los *bienes* de un *tercero*, se presenta una situación bastante diferente de la anterior.

En efecto, cuando se trata de un daño causado para evitar un mal que incide en la *persona* del prójimo, el agente está obligado a actuar y la omisión de auxilio está sancionada penalmente (art. 108 del Código Penal).

Cuando el mal amenaza los *bienes* de un tercero, el agente no sólo no está obligado a actuar, sino que carece de autoridad para dirimir un conflicto de intereses entre extraños y decidir quién debe ser sacrificado en obsequio del otro.

Por ello, rigen en este supuesto las reglas de la responsabilidad aquiliana y el agente debe indemnizar íntegramente al damnificado el daño que le ha causado, si bien puede recabar del beneficiado el reintegro de lo que él hubiere desembolsado para indemnizar al damnificado.

1365. c) JUSTICIA POR MANO PROPIA O AUTOAYUDA.– Otra *causa de justificación* es la llamada *autoayuda*, o ejercicio de la justicia por mano propia.

Si bien, en principio nadie puede hacerse justicia por mano propia y debe recurrir a los tribunales de justicia en procura de solución, se admite por la doctrina y por distintos códigos que, en caso de *urgencia*, el titular pueda proveer por sí a la tutela de su derecho y aun imponer su acatamiento con violencia, siempre que no sea posible obtener en tiempo útil la intervención de la autoridad pública y cuando toda dilación pueda redundar en la pérdida o frustración de su derecho.

Aunque algunos autores tratan el tema al estudiar las obligaciones, nosotros consideramos que el tema debe incluirse en la Parte General del Derecho Civil.

En efecto, la figura de la autoayuda que tiene importancia para calificar, en general, la conducta del titular de un derecho que prescinde de la tutela ordinaria de los jueces, no funciona en el ámbito de la responsabilidad civil, pues queda *absorbida* por la legítima defensa, o bien por el *estado de necesidad*.

En el primer caso, el agente obra un *acto lícito* y no responde por la derivación dañosa de su actividad.

En el segundo caso, él practica, según los enfoques, un acto *involuntario o inculpable*, que no compromete su responsabilidad, aunque el agente pueda ser deudor de la reparación a título de enriquecimiento sin causa o bien, de indemnización de equidad fijada prudencialmente por el juez.

Si el agente, por un error excusable, ha creído encontrarse en un supuesto de autoayuda, que en realidad no es tal, debe indemnizar al damnificado, pero no a *título de responsabilidad*, sino como *autor del daño involuntario*.

1366. D) OBEDIENCIA DEBIDA.– Otra causa excluyente de la responsabilidad del agente es la obediencia debida a un superior legítimo.

En este supuesto el agente se ve enfrentado a un conflicto de deberes, pues, o desobedece e incurre en delito penal, u obedece y comete el daño al prójimo.

Como regla general, el agente queda exento de responsabilidad por su condición de subordinado, que está precisado a obedecer, a menos que tenga o haya debido tener conciencia del carácter abusivo de la orden recibida.

Tal el caso de los agentes de policía que deben acatamiento a sus superiores, o el de los menores de edad, que deben acatamiento a sus padres o tutores.

1367. QUID DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– La autorización administrativa para practicar una actividad bajo las condiciones que aquélla determine no es una *causa de justificación* que pueda liberar al agente de la obligación de reparar los daños que puedan sufrir los terceros como consecuencia de la actividad permitida.

Estas autorizaciones se conceden teniendo en cuenta razones de higiene, seguridad, estética, etcétera, que hacen al bien común, pero que de ningún modo dispensan al beneficiario de su deber de obrar con diligencia y de no causar daños a terceros.

Se trata de un principio general, expresamente enunciado por el art. 2618, reformado a propósito de las molestias que exceden la normal tolerancia en las relaciones de vecindad. La jurisprudencia lo aplica también con motivo de los daños causados por los ferrocarriles en pasos a nivel sin barreras, accidentes en espectáculos públicos autorizados por la Municipalidad, etcétera.

1368. OTRAS POSIBLES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.– Se suelen enunciar, además de las anteriores otras causas de justificación, que a nuestro juicio no desvirtúan la antijuridicidad de la conducta dañosa, y que por tanto, no la tornan en lícita.

Así la *urgencia*, por sí sola no basta para justificar al agente dañoso y eximirlo de responsabilidad: es un elemento común a la *legítima defensa* y al *estado de necesidad* que son las efectivas causas de irresponsabilidad.

El *ejercicio de un derecho* tampoco excluye la responsabilidad si ha sido *irregular* (arg. nuevo art. 1071, 2ª parte).

El *consentimiento de la víctima* no es elemento relevante para alterar la responsabilidad del autor del daño, por lo mismo que el régimen de los

actos ilícitos es de orden público y no está sujeto a la regulación de los particulares.

Las *cláusulas de irresponsabilidad* son una variante del consentimiento de la víctima y merecen igual tratamiento. No así las cláusulas *limitativas* de responsabilidad que son válidas mientras sólo importen una definición de la cuantía del daño ocasionado por el acto, que no pierde por ello su carácter de ilícito.

El *caso fortuito o fuerza mayor* no es una causa de justificación de una conducta sino una *ruptura de la relación de causalidad* entre un hecho aparentemente dañoso y el daño sufrido por un extraño.

Las *inmunidades* de que gozan ciertos funcionarios no son causas de justificación de un proceder que pudiera ser ilícito, sino franquicias inherentes al mejor desempeño de la función pública, sin trascendencia con respecto a la posible responsabilidad civil en que ellos puedan incurrir.

Por último, el *error, dolo o violencia* como vicios de la voluntad del agente no son causas de justificación sino de inimputabilidad que excluyen la responsabilidad de aquél por no considerárselo autor moral del acto.

III. IMPUTABILIDAD DEL ACTO

1369. NOCIÓN DE IMPUTABILIDAD.– La imputabilidad es la calidad o propiedad de un acto en virtud de la cual es dable atribuirlo a la persona de quien emana. Imputar equivale a poner lo obrado en la cuenta del agente para exigirle la consiguiente responsabilidad.

Un acto es *imputable* al agente cuando se le puede atribuir como obra suya, es decir, cuando hay razón suficiente para considerar que el agente es el autor moral de la conducta obrada, como causa inteligente y libre de dicha conducta. La noción de imputabilidad va unida a la idea de autoría del hecho obrado, de manera de no resultar imputable ese hecho a una persona que no pueda ser calificada como *autor del hecho*.

1370. GRADOS DE IMPUTABILIDAD.– La imputabilidad de los actos antijurídicos puede ser de *primero* o *segundo grado*.

Para que un obrar antijurídico configure un *acto ilícito civil*, es menester que ese acto, sea en primer lugar, *voluntario*, pues sólo "*los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos*" (art. 898). Es que los actos involuntarios "*ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí*

148

obligación alguna", art. 900. En suma, *la involuntariedad es incompatible con la responsabilidad.*

Empero, no basta la sola voluntariedad del obrar para que se justifique la imposición de una sanción al autor de un acto disconforme con el ordenamiento jurídico: para ello es menester que la actividad del sujeto suscite reproche o censura, que es lo que hace legítima la sanción.

Esta es una *imputabilidad de segundo grado* que existe cuando el acto en infracción a la norma jurídica le es reprochable al agente por haber querido el daño ajeno que ha causado (dolo, conf. art. 1072), o por haber omitido practicar diligencias que exigía la naturaleza del acto obrado y que correspondían a circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (culpa, conf. art. 512), a fin de evitar el daño. A este segundo grado de imputabilidad se lo denomina *culpabilidad.*

§ 1. Imputabilidad de primer grado: voluntariedad

1371. PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN.– De ordinario, los actos humanos se reputan imputables, porque lo normal en el hombre, que es un ser racional, es que obre voluntariamente.

1372. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.– Las causas por las cuales se deja de imputar el acto al agente, pueden referirse al *sujeto en sí mismo* considerado, o al *sujeto en relación al acto* que ha obrado.

1373. I) FALLAS DE DISCERNIMIENTO.– Son la escasa edad, la insanidad y la inconciencia accidental.

1374. a) MENORES DE ESCASA EDAD.– Los niños que no han alcanzado los diez años carecen de discernimiento y por consiguiente no es voluntario el acto dañoso que obraren: así resulta del art. 921 que reputa hechos sin discernimiento los actos lícitos de los menores impúberes y los actos ilícitos de los menores de diez años. Concordantemente el art. 1076 dispone que el menor de diez años no es responsable del perjuicio que causare.

Ha de tenerse presente, sin embargo, que el acto del niño inimputable que no es idóneo para originar la responsabilidad del sujeto carente de discernimiento es eficiente para generar la responsabilidad *refleja* de su padre, tutor o guardador.

Por último cabe señalar que si bien el acto involuntario está al margen de la teoría de la *responsabilidad*, puede dar lugar a una indemnización de *equidad.*

1375. b) INSANOS.– Los *insanos* o personas que actúan en estado de enajenación mental se encuentran en la misma situación de carencia de discernimiento que los niños menores de diez años. Los textos legales evidencian esta paridad de situación. Según el art. 921 se reputan hechos sin discernimiento los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos.

A su vez, el art. 1076 establece que no se reputa voluntario el acto ilícito practicado por el demente. Si el demente, aún declarado, obrare en un intervalo lúcido, entonces su acto no será involuntario y generará su responsabilidad (art. 1070, 1ª parte).

Como en el caso del menor, el acto del insano inidóneo para comprometer su responsabilidad es idóneo para generar la responsabilidad *refleja* de quien tiene al enfermo bajo su cuidado, sea el curador, el médico, el enfermero, etcétera.

Igualmente el acto del demente puede dar lugar a la indemnización de equidad, contemplada en el artículo 907, segunda parte.

1376. c) INCONSCIENCIA ACCIDENTAL.– Asimismo hay ausencia de discernimiento y consiguiente irresponsabilidad (arg. art. 900 *in fine*) cuando el agente ha obrado "por cualquier accidente...sin uso de razón" (art. 921, parte final). A diferencia de la hipótesis precedente en que la carencia de razón respondía a una causa orgánica, por ejemplo, enfermedad mental o lesión cerebral congénita, etcétera, en este otro supuesto esa situación deriva de una causa externa, como puede ser la intoxicación, el traumatismo, la hipnosis, la ebriedad, etcétera.

Empero, para que la inconsciencia accidental sea una causa eximente de responsabilidad, tiene que ser *involuntaria*, esto es que el sujeto haya llegado a ese estado, sin discernimiento, o sin intención o sin libertad (arg. art. 900). Así lo aclara el art. 1070 respecto de la embriaguez, aunque por analogía el texto debe aplicarse a otros hechos susceptibles de producir la inconsciencia del sujeto, como el uso de estupefacientes sin indicación médica o el sometimiento a experimentos de hipnotismo.

En estos casos el sujeto actúa voluntariamente en su tránsito a la inconsciencia, cuando controla las causas que la producen aunque no haya tenido la intención de perder el dominio de su voluntad: así quien ingiere

bebidas alcohólicas en demasía, porque presume de su fortaleza, no queda exento de responsabilidad por los daños que causare bajo el efecto de la bebida.

De lo expuesto surge el sistema especial de *prueba* que rige los daños obrados en estado accidental de inconsciencia. En principio tales daños se presumen realizados por sujetos imputables, porque esto es lo normal de la condición humana. A quien alega su exención de responsabilidad le corresponde demostrar por cualquier medio de prueba: 1º) que él obró en estado de inconsciencia; 2º) que involuntariamente se colocó en ese estado. Cualquier duda sobre esos extremos probatorios se vuelve en su contra, manteniéndose su responsabilidad por el daño causado.

1377. SORDOMUDOS INCAPACES.– Se ha controvertido la responsabilidad de los sordomudos declarados incapaces por no saber darse a entender por escrito.

Nosotros pensamos que la declaración de incapacidad del sordomudo no proyecta su influencia sino sobre los actos jurídicos que le quedan impedidos a un incapaz que adolece de incapacidad absoluta (arg. art. 54, inc. 4º). Su ausencia de discernimiento no está prefijada de antemano sino que depende de la apreciación circunstancial de cada caso: de ahí que lo correcto desde un punto de vista normativo, sea concluir que los sordomudos, sean interdictos o no, son sujetos imputables, a menos que se pruebe su carencia de discernimiento en el momento de obrar.

1378. FALLAS CONCERNIENTES A LA INTENCIÓN: ERROR.– El error es un falso conocimiento que se tiene de algo y constituye una causa eximente de responsabilidad, cuando la creencia errónea recae sobre la substancia del hecho principal constitutivo del acto ilícito: tal el error esencial (conf. art. 930).

Un error accidental o secundario no exime de responsabilidad; así por ejemplo el de quien mata a una persona desconocida confundiéndola con un enemigo suyo al que quiere eliminar.

¿Cuándo puede decirse que el error recae sobre el hecho principal constitutivo del delito? Nosotros pensamos que eso ocurre cuando el agente yerra sobre la sustancia de la conducta obrada, que él estima lícita en función del equívoco que padece: ya sea en cuanto al sentido del acto creyéndolo conforme a derecho cuando en realidad no lo es; o sobre lo acertado de la conducta obrada cuando es desacertada o incorrecta.

Un ejemplo de error lo constituye el caso (juzgado por la justicia penal) del campesino que oye en la noche el cacareo de sus gallinas y temiendo el ataque de un zorro, dispara su arma contra el bulto de lo que cree es animal y mata a un ladrón; el del actor que en el desarrollo de una función teatral dispara un revólver que cree descargado hiriendo a otra persona.

Para que el error no pueda ser invocado como causa de inimputabilidad del hecho dañoso deben darse dos requisitos: a) el error debe ser de hecho y no de derecho; b) el error debe ser excusable.

1379.– a) El *error de derecho* no excusa. Este principio está firmemente establecido en el régimen del Código Civil.

En primer lugar, el art. 20 establece que *"la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley"*, principio que corrobora el art. 923 al declarar enfáticamente que *"la ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso...excusará la responsabilidad por los actos ilícitos"*.

El fundamento del criterio legal es incontestable: la obligatoriedad de la norma jurídica como base del buen orden social no puede depender del efectivo conocimiento que de ella tengan los particulares.

Se ha considerado que constituyen error de hecho eximente de responsabilidad por un acto ilícito; la creencia errónea en la comisión de un delito denunciado como tal; la creencia de ser propios del deudor los bienes embargados, etcétera.

1380.– b) *Excusabilidad del error*. Para que el agente pueda alegar su error a fin de eludir la responsabilidad por el daño causado, es necesario que haya *"habido razón para errar"* por lo que no puede invocarse cuando la *ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable"* (conf. art. 929).

1381.– c) *Fallas concernientes a la libertad.* La libertad es el señorío de sí mismo, en su actuación, que tiene una persona. Un acto es libre cuando responde al querer espontáneo del sujeto que obra. No es libre cuando es el efecto de la coacción externa ejercida sobre el sujeto.

Esa falta de libertad puede presentarse bajo tres formas: a) la presión de "una fuerza irresistible" (art. 936); b) la intimidación, que queda configurada "cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad,

honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos" (art. 937); c) la coacción resultante de las circunstancias exteriores; violencia objetiva o estado de necesidad (véase *supra*, nº 1349).

El daño causado a otro mediante la realización de un acto obrado sin intención o sin libertad, es un daño involuntario que no compromete la responsabilidad del agente. Empero, el sujeto que es autor material del daño puede ser obligado a repararlo, no a título de responsabilidad sino por razón de equidad, en función de lo previsto en el nuevo art. 907, segunda parte.

1382. FUERZA IRRESISTIBLE.– Según el art. 936, "habrá falta de libertad en los agentes cuando se empleare contra ellos una fuerza irresistible". En tal caso el sujeto del acto sólo es autor aparente de lo obrado, pues reducido aquél a la condición de instrumento pasivo del otro, es éste el verdadero autor del daño ocurrido: así cuando A reduce a B a la impotencia y poniéndole un revólver cargado en la mano lo fuerza a apretar el gatillo y a disparar contra C.

No juega aquí una verdadera causa de inimputabilidad, sino la ausencia de autoría del agente; por ello ni siquiera es aplicable al caso el art. 907, segunda parte.

1383. INTIMIDACIÓN POR VIOLENCIA FÍSICA O MORAL.– En esta otra situación el agente es el autor del acto que emana de él, aunque lo ha practicado contra su íntimo querer y sólo por el temor del mal con que se le amenazaba si se resistía a obrar de aquel modo: aquí hay propiamente una causa de inimputabilidad, pues pese a que cuando se ejerce la coerción apuntada la voluntad del sujeto no desaparece, ella está viciada por resultar afectada fundamentalmente su libertad. La voluntad coercionada es voluntad: quise contreñido pero quise. No obstante lo cual, como la voluntad se ha manifestado sin libertad, la ley acuerda al sujeto la exención de su responsabilidad.

Reunidos los extremos necesarios para que se dé la intimidación (establecidos en el art. 937) queda eximido el agente de responsabilidad por el daño ocasionado imputándose éste a quien empleó la violencia contra él. Hay, entonces, un *desplazamiento de responsabilidad*.

1384. REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO SIN INTENCIÓN O SIN LIBERTAD.– El daño causado a otro mediante la realización de un acto obrado sin intención o sin libertad, es un daño involuntario que no compromete la responsabilidad del agente (*supra*, nº 1370). Empero el sujeto que es autor material del daño puede ser obligado a repararlo, no a título de responsabilidad sino por razón de equidad, en función de lo previsto en el nuevo art. 907, segunda parte.

§ 2. Imputabilidad de segundo grado: culpabilidad

1385. PRINCIPIO LEGAL.– La sola voluntariedad del acto dañoso es insuficiente para originar la responsabilidad del autor de ese acto con respecto al daño causado. Para ello, se requiere , además y dentro del sistema de Vélez Sarsfield que el acto dañoso sea *reprochable*, para que resulte justificada, en general, la sanción resarcitoria de ese daño, que se le impone al responsable. Ese reproche o censura que merece la actividad dañosa de alguien surge de la *culpa* o el *dolo* con que ha obrado el agente.

Este enfoque aparece claramente reflejado por el codificador en su art. 1067 que enfáticamente declara, a este respecto: "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código...sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*". Lo cual significa que en el sistema de Vélez Sarsfield sin culpa no hay responsabilidad, garantizándose a los inocentes que ellos no serán pasibles de sanción, como surge *a contrario sensu* de la regla sentada en el art. 1109 que al afirmar que "*todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a repararlo*", asevera *también* que quien no es culpable está exento de esa obligación.

1386. GRADOS DE CULPABILIDAD.– Bajo el punto de vista legal, la culpabilidad *lato sensu*, se aprecia a través de dos grados de estimación: hay una culpabilidad ordinaria, que corresponde a quien obra una conducta merecedora de reproche de grado menor, tipificada por la *culpa propiamente dicha*, y hay una culpabilidad *calificada o agravada* que es la que cuadra a quien actúa "*a sabiendas y con intención de dañar*" (art. 1072) o sea con *dolo delictual*.

1387. I) CULPABILIDAD ORDINARIA: NOCIÓN DE CULPA.– Este grado de culpabilidad se define por el tono menor del reproche que merece el agente dañoso, que a su vez se relaciona con una conducta tipificada por la *culpa*.

El concepto es unívoco en el derecho, es decir, tiene en todas sus aplicaciones el mismo significado (ver *supra*, nº 123). En la materia de los actos ilícitos consiste *en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza del acto y que correspondieran a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar a fin de evitar un perjuicio.*

En teoría cabe distinguir dos especies de culpas, aunque ambas son sometidas a un régimen legal uniforme.

a) Hay una culpa por *defecto* de la energía psíquica que debió emplear el agente: es la *negligencia* comprensiva de toda clase de descuidos e inadvertencias.

El sujeto ha omitido parte de lo que debía hacer y de ello se ha seguido un daño: se le reprocha, precisamente, ese déficit de atención y por eso se lo torna responsable de un efecto que tiene su causa en esa falla.

b) Hay también culpa por *exceso* en la actuación del agente, que debió ser moderada o contenida para resultar correcta: es la *imprudencia*, tan característica del automovilista que conduce el vehículo a una velocidad exagerada confiando en su buena suerte o en su pericia para superar los peligros. Aquí el agente hace más de lo debido y deja de lado las precauciones que era su deber adoptar.

1388. CRITERIO DE APRECIACIÓN DE LA CULPA.– En materia de actos ilícitos rige el mismo criterio *concreto y circunstancial* del art. 512 (véase *supra*, nº 128). Aunque con discrepancias, ésa es la conclusión de la doctrina dominante.

1389. PRUEBA DE LA CULPA.– Al damnificado le incumbe, en principio demostrar la culpa del denunciado como responsable, de acuerdo a las reglas del *onus probandi*. En efecto, quien alega el derecho a ser indemnizado debe suministrar la prueba de los elementos de hecho que condicionan la responsabilidad que se achaca al demandado, a saber: la ilicitud del acto de éste, la culpa del agente, el daño y la relación de causalidad entre el acto y el daño.

Esa prueba puede rendirse por toda clase de medios de convicción y especialmente por la prueba de presunciones, o inferencias lógicas que es posible deducir de otros hechos establecidos como ciertos. En materia de choque de vehículos la jurisprudencia anterior a la reforma del Código Civil había aceptado la presunción *hóminis* de culpa del conductor de un vehículo que embestía a otro o a una persona, o que circulaba de contramano o con exceso de velocidad o sin respetar la prioridad de paso de otro vehículo.

Algunas de esas proposiciones más que presunciones de culpa son verdaderas demostraciones de ella, como la imprudencia resultante de la conducción a velocidad exagerada.

No se estimaba suficiente para establecer la culpa, la sola verificación de la relación de causalidad entre el hecho del imputado y el efecto dañoso, pese a que así lo propugnó un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, agudamente criticado por Orgaz, en nota jurisprudencial.

Actualmente, el enfoque de aquel fallo ha sido elevado a la jerarquía de presunción legal por la ley 17.711 que introdujo al art. 1113, entre otras, la siguiente frase: "En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa". Es una enmienda que da amplio margen al disentimiento (ver *infra*, nº 1509).

1390. PRESUNCIONES LEGALES DE CULPA.– No obstante las presunciones de hecho reseñadas precedentemente, la prueba de la culpa representa a menudo para el damnificado una grave dificultad que el legislador ha venido a aliviar en ciertas situaciones características, admitiendo en ellas la culpa presunta del imputado como responsable, mientras él no pruebe su ausencia de culpa. Juega entonces, a través de la presunción legal *juris tantum* de culpa, una *inversión de prueba*: es al denunciado como responsable en cierta situación, a quien le incumbe exculparse para eximirse de responsabilidad.

Todavía en otras situaciones la ley va más lejos y hasta llega a impedir que la presunción de culpa que predica contra alguno pueda ser desvirtuada en los hechos, por una prueba adversa. En esas hipótesis, en que juega una presunción legal *juris et de jure* de culpa del imputado como responsable, éste no puede liberarse mediante la prueba de la simple ausencia de culpa, sea porque el legislador considera que ello es inconcebible por resultar ya establecida la culpa en cuestión a través de los hechos contemplados para atribuirle la responsabilidad, sea porque estima, en razón de otros motivos que hacen a la política legislativa adoptada, como preferible eludir una discusión sobre la culpa del responsable. En tales hipótesis, para exonerarse de responsabilidad, el reputado legalmente responsable, tiene que demostrar que la *causa del daño* le es ajena, es decir, que no se identifica con el hecho en base al cual se le imputaba a él la res-

150

ponsabilidad. Por ejemplo, el propietario de una cosa, por cuyo vicio o defecto provino el daño ajeno, no puede eximirse de responsabilidad intentando probar su ausencia de culpa, sino por la demostración de que no fue su cosa la causa del daño, sino la culpa del damnificado, o de un tercero extraño, u otro caso fortuito, lo que hace salir al daño de la órbita de su posible responsabilidad en cuanto propietario de aquella cosa.

a) Las presunciones de culpa *juris tantum*, hasta la prueba en contrario que establece la ley son las siguientes: 1) presunción de culpa de los padres por los actos culposos de sus hijos de 10 a 21 años. Igual presunción pesa sobre los tutores, directores de colegios, maestros artesanos y toda otra persona a la que de manera permanente se hubiese confiado la vigilancia y autoridad respecto de esos menores (arg. arts. 1115, *in fine* y 1117); 2) presunción de culpa del dueño o guardián de una cosa con la cual un extraño hubiese causado un daño (conf. nuevo art. 1113, parte 2ª); 3) presunción de culpa del dueño o guardián de un animal doméstico o domesticado que causa materialmente un daño (arg. art. 1127).

b) Las presunciones de culpa *juris et de jure* que determina la ley son las siguientes: 1) presunción de culpa de los padres por los daños causados por sus hijos menores de 10 años, que se extiende a los tutores y a toda persona a quien que de manera permanente se hubiese confiado la vigilancia y autoridad con respecto a dichos menores (véase *infra*, núms. 1486 y sigs.); 2) presunción de culpa de los curadores y guardianes de insanos, por los daños causados por éstos (arts. 908 y 1114, 2ª parte); 3) presunción de culpa del dueño o guardián de un animal feroz, con respecto al daño causado por la bestia; 4) presunción de culpa de los jefes de familia, por los daños resultantes de la caída de cosas arrojadas o suspendidas sobre la vía pública, terreno ajeno, o terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito.

No mencionamos en esta lista otros supuestos de presunción *juris et de jure* de culpa como el de los "dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género" (art. 1118), ni a los "capitanes de buques y patrones de embarcaciones" (art. 1119, cláusula 1ª) o "los agentes de transportes terrestres" (art. 1119, cláusula 2ª), porque las situaciones contempladas con relación a esas personas en las disposiciones respectivas son ajenas a la *responsabilidad extracontractual* de que ahora nos ocupamos.

1391. II) CULPABILIDAD CALIFICADA O AGRAVADA: NOCIÓN DE DOLO DELICTUAL.– Cuando el autor del acto ilícito lo comete con la particular intención de causar el daño que deriva del acto, es computada esa malicia para agravar su responsabilidad. Se denomina *dolo delictual* (distinguiéndolo así de otras acepciones: véase *supra*, nº 110) a ese elemento imputativo del acto ilícito que consiste en la intención maligna de perjudicar a otro (art. 1072).

La intención maligna con que obra el autor de un delito civil hace que se lo haga pasible de una responsabilidad agravada, en comparación con la que corresponde al agente culposo (véase *supra*, nº1312).

El *dolo delictual* se caracteriza por la conjunción de dos elementos, que están expresados en la definición del art. 1072: a) en primer lugar, el agente obra el acto ilícito "*a sabiendas*", es decir con plena conciencia y conocimiento del resultado dañoso que seguirá a su acción; b) en segundo término, lo que mueve al agente es el *propósito de dañar* a otro, sea en su persona, sea en sus derechos.

IV. DAÑO RESARCIBLE

1392. DAÑO RESARCIBLE: NOCIÓN, ESPECIES, REQUISITOS, PRUEBA, VALUACIÓN.– Sin daño no hay responsabilidad civil, ni contractual, ni extracontractual. "No habrá acto ilícito punible, para los efectos de este Código si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar..." (art. 1067).

El daño puede entenderse en un sentido amplio y en otro restringido. En sentido amplio, daño es toda lesión de cualquier índole a un derecho subjetivo. En sentido restringido, es todo menoscabo o desmedro *patrimonial* que alguien sufre. En este sentido es utilizado en la teoría de la responsabilidad civil, como lo aclara el art. 1068, abarcando tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En cuanto a las *especies* de daños remitimos a lo dicho *supra*, números 200 y siguientes.

Los *requisitos de resarcibilidad* del daño son: 1) que el daño sea cierto y no eventual; 2) que sea subsistente al tiempo de su computación; 3) que sea personal del damnificado; 4) que el quebranto patrimonial incida en un interés legítimo del damnificado (véase *supra*, nº 215); 5) que el daño esté en conexión causal jurídicamente relevante con el acto ilícito.

Como lo referente a la *existencia y prueba* del daño, a su *entidad* y la *compensación del daño con el lucro* no presenta variante alguna en comparación con los daños provenientes del incumplimiento de una obligación preexistente, remitimos a lo expuesto *supra*, números 216 y siguientes.

En cuanto a la *valuación* del daño, se trata de una típica obligación de valor. En consecuencia, la estimación pecuniaria de los menoscabos patrimoniales constitutivos del daño, se efectúa al tiempo de su producción, contemplando las variantes intrínsecas que esos perjuicios hubiesen experimentado; y obtenido ese valor, habrá que expresarlo en términos pecuniarios actuales, absorbiendo las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, para lo cual corresponde atender a pautas objetivas que evitan el empirismo judicial y los posibles abusos (por ejemplo, las estadísticas oficiales sobre el nivel del costo de vida que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos).

V. RELACION DE CAUSALIDAD

1393. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. CAUSALIDAD MATERIAL Y JURÍDICA.– Para que surja la responsabilidad de alguien, sea en área contractual o extracontractual, es menester que exista *conexión causal jurídicamente relevante* entre el hecho del que aquél es autor y el daño sufrido por quien pretende su reparación. Ya hemos distinguido la causalidad material de la jurídica (*supra*, nº 249). Para apreciar la primera atendemos a las enseñanzas de la filosofía y según ella aceptamos que determinado daño es efecto de determinado acto humano. Pero ello todavía es insuficiente para definir si ese efecto dañoso debe ser reparado por el autor del hecho, que ha sido la causa material del daño, a título de responsabilidad suya. Para concluir en ese sentido es necesario verificar que el derecho ha categorizado esa relación causal como jurídicamente relevante. Pues ya sabemos, el derecho guiado por el prisma de la justicia, acorta o alarga esa relación causal, para la consecución de sus propios fines.

1394. DISTINTOS TIPOS DE CAUSALIDAD JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LOS HECHOS ILÍCITOS.– En el campo de los hechos ilícitos existen cuatro tipos de causalidad jurídica:

A) *Causalidad adecuada*, es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, si el primero tiene la virtualidad de originar el segundo , según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901, cláusula 1ª), sea por sí solo, sea por la conexión con otro hecho que invariablemente acompaña al primero. La relación de causalidad adecuada es siempre jurídicamente relevante (arg. arts. 520 y 903), en cualquier ámbito de responsabilidad. La culpa no requiere una prueba especial porque resulta acreditada por la índole de la consecuencia dañosa que el hecho del responsable ha producido.

B) *Causalidad mediata previsible*, es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, que deriva de la conexión del primero con un acontecimiento distinto (arg. art. 901, cláusula 2ª). Es jurídicamente relevante , en el campo de los hechos ilícitos, si el agente ha previsto el daño al obrar (arg. art. 904, 1ª frase) y "cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlo" (art. 904 parte final). En esta hipótesis al damnificado le incumbe demostrar que el daño fue un efecto mediato previsible (relación causal) del obrar del agente, y que éste no previó de hecho lo que pudo prever (culpa).

C) *Causalidad fortuita o casual*, es la que conecta a un hecho antecedente con otro consecuente, que deriva imprevisiblemente del primero (arg. art. 901 *in fine*). Esta relación causal que es dable denominar de tercer grado no es, en principio, jurídicamente relevante. Excepcionalmente lo es cuando el daño "debió resultar según las miras que tuvo (el agente) al ejecutar el hecho" (art. 905).

D) *Causalidad remota*, impropiamente llamada causalidad, es la que vincula lejanamente a un hecho con una derivación con la cual no tiene en verdad eficiencia causal. Nunca es computada por el derecho (conf. nuevo art. 906).

1395. PRUEBA.– Al damnificado le corresponde probar la existencia de la relación de causalidad que pueda mediar entre el daño que ha sufrido y el hecho originario de la responsabilidad que intenta hacer valer. Es una prueba referente a la ocurrencia de hechos y conexión entre ellos que cabe rendir por cualquier medio.

1396. AUSENCIA TOTAL O PARCIAL DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD.– Hay ausencia *total* de relación de causalidad cuando el daño de cuya reparación se trata proviene de una *causa ajena* al hecho del demandado; por ejemplo, de un caso fortuito.

154

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Hay ausencia *parcial* de relación de causalidad cuando el daño proviene de *diversas causas* eficientes, interesando al demandado probar que él es ajeno a alguna de ellas para eximirse de responsabilidad, en la medida que ha sido extraño al resultado dañoso.

Esta cuestión de la ausencia de relación de causalidad tiene la mayor trascendencia en los supuestos de presunción de responsabilidad o de atribución legal de la obligación de reparar, o cuando hay pluralidad de causas dañosas.

La causa total o parcialmente ajena del daño puede consistir en: 1) culpa de la víctima; 2) culpa de un tercero; 3) caso fortuito.

1397. CULPA DE LA VÍCTIMA.– Cuando el daño se origina en la culpa del propio damnificado no puede éste pretender descargar sobre otro, necesariamente inocente, la pérdida sufrida, tal como lo determina el art. 1111. En esta situación no hay una falta con respecto a otro, sino un desacierto que perjudica a quien lo comete, y que en rigor nadie puede censurarlo, por lo que no hay una culpa en el sentido jurídico de la expresión que implica un juicio de reproche acá ausente.

Como cada cual es dueño de sus actos (arg. art. 903) se explica que quien interviene inocentemente en la realización de un acto desacertado de otro, esté al margen de toda responsabilidad por las consecuencias de ese desacierto.

Vinculada con el tópico de la culpa del damnificado se plantea la cuestión de la asunción de riesgos por él. *En principio* se considera que la asunción del riesgo que se traduce en el propio daño *no es* una causa de exoneración de la responsabilidad del demandado: si éste es culpable del hecho, o si es dueño o guardián de la cosa peligrosa que ocasionó el daño, la obligación de reparar el daño ocurrido está sujeta a un régimen de orden público que no se altera por el consentimiento de la víctima. *Por excepción*, la obligación de resarcir resulta modificada y hasta suprimida cuando la asunción de los riesgos evidencia una conducta culpable del damnificado.

Por otra parte, la exposición voluntaria a un peligro para salvar un bien de igual o mayor valor al que resulta dañado, no merece reproche y contrariamente suscita el mayor encomio cuando se arriesga la propia vida para salvar al prójimo. Por tanto, el *acto de abnegación o de sacrificio no configura una culpa*, ni impide el resarcimiento del daño que se ha sufrido.

1398. HECHO DE LA VÍCTIMA.– Para que el hecho de la víctima pueda ser alegado por el presunto responsable del daño, como causa de exoneración suya, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, se requiere una doble prueba: 1) que ese hecho haya sido la *causa* del daño; 2) que fuera *imprevisible o inevitable* –caso fortuito– para el presunto responsable la ocurrencia de tal hecho. A falta de esta última demostración el demandado sólo puede aspirar a una disminución de responsabilidad, en función de la gravitación del hecho de la víctima y del propio hecho que le concierne y que ha originado su obligación de reparar.

1399. CULPA CONCURRENTE.– Hay culpa concurrente cuando el daño resulta de la conexión de la culpa del damnificado con la culpa del autor parcial del daño. Empero sólo cuadra hablar de culpa concurrente cuando la conducta de los culpables ha sido eficaz en la producción del daño y ha actuado con autonomía. Una culpa irrelevante de alguno de los partícipes, es decir, indiferente con respecto al resultado dañoso, no sería computada. Como tampoco una culpa que careciera de autonomía por haber sido determinada por la culpa de otro, sería estimada para aliviar la responsabilidad de este último.

Se han expresado opiniones dispares acerca del *criterio* con que debe hacerse la *distribución* del daño: a) criterio de la igualdad o división por mitades; b) criterio de la gravedad de las culpas; c) criterio de la influencia causal de cada culpa, teoría que consideramos acertada: cuando media culpa concurrente del damnificado y el responsable, éste debe ser obligado a reparar el daño, en la *medida* en que ha contribuido a causarlo. Por tanto, la discriminación de la eficiencia de la causa debe hacerse en función de la influencia de cada factor en la producción del resultado dañoso, independientemente, en principio, de la gravedad de la culpa de uno y otro implicado.

Subsidiariamente, si no hay diferencia en la incidencia causal de una y otra culpa, es menester graduar la responsabilidad del demandado atendiendo a la gravedad de cada culpa, en sí misma y por el reproche que cada uno merece. Y si no hay diferencia entre los actos de culpa, ni por su influencia causal (criterio primario y esencial), ni por su gravedad (criterio subsidiario), la distribución debe ser paritaria correspondiendo indemnizar el 50% del perjuicio.

Lo explicado juega igualmente cuando se conjugan en la producción del daño una *culpa probada* y una *culpa presunta* que no ha quedado eli-

minada, por ejemplo si el perjuicio proviene en parte del vicio de la cosa (culpa presunta) y en parte de la culpa del damnificado (culpa probada).

Finalmente, el criterio aceptado del grado de influencia causal, juega indistintamente sea que el daño fuese *unilateral* o que fuese *recíproco*.

1400. QUID DEL CONFLICTO DE PRESUNCIONES ENCONTRADAS.– Puede ocurrir que el daño, único o recíproco, sea el efecto de un hecho que origina presunciones de culpa de sentido opuesto, es decir, que perjudica al demandante del resarcimiento como a la otra parte. Desde luego, si hay comprobación de la culpa concurrente de los implicados se aplica la solución expuesta en el número anterior. Pero el problema subsiste si no hay prueba de la efectividad de la culpa. En tal caso ¿se neutralizan las presunciones opuestas? ¿O bien siguen funcionando y obligan a cada cual a reparar el daño del adversario?

Cuando está en juego un *daño único*, pareciera que habiendo un solo obligado no puede él intentar eximirse de la deuda alegando la posible similar responsabilidad en que habría incurrido el acreedor si se hubiese derivado un daño recíproco: es ésa una eventualidad que por haber resultado ilusoria no puede invocarse por el deudor para eludir una responsabilidad indiscutible.

En cambio, cuando median *daños recíprocos*, algunos autores entienden que funcionan ambas presunciones de culpa, y por tanto, cada cual es responsable de la totalidad del daño sufrido por el adversario; mientras que para otros corresponde la neutralización de ambas presunciones y exigir para el progreso de cada pretensión de resarcimiento la prueba de la culpa efectiva del adversario.

Para nosotros esas soluciones extremas resultan condenadas por las injustas consecuencias que derivan de ellas. El análisis apropiado de este supuesto muestra que hay un *único hecho dañoso* que la ley reputa, por la incidencia de ambas presunciones de culpa en juego, que es la *obra común* de ambos intervinientes. Ahora bien, como por falta de prueba no hay motivo para discriminar acerca de la influencia causal de uno u otro partícipe en la realización del hecho dañoso corresponde aplicar el principio de *causalidad paritaria*. En consecuencia, cuadrá constituir una masa de los daños causados que deberán ser soportados paritariamente por los autores del hecho dañoso.

1401. CONCURRENCIA DE DOLO Y CULPA.– Cuando en la realización del hecho dañoso se conjuga el dolo delictual de alguno de los intervinientes

con la culpa del otro, esta última resulta irrelevante; el dolo absorbe a la culpa y la situación resultante se regula exclusivamente en función de aquella intención dañosa. La razón de ello es que el agente doloso ha instrumentado para sus propios fines la culpa del otro, y en consecuencia se considera que el daño ha sido la obra exclusiva de aquél con prescindencia de la culpa concomitante del otro.

Si el autor del dolo es el damnificado, éste no puede alegar la culpa del agente para procurar, ahora arrepentido, un resarcimiento del daño que quiso inferirse a sí mismo: es el caso de intento del suicida que elige un automóvil lanzado a gran velocidad para tirarse bajo sus ruedas y tener la seguridad de que el accidente no podrá evitarse.

Si el autor del dolo es el demandado, no puede éste excusar o limitar su responsabilidad alegando la culpa concomitante del damnificado. Así, el ladrón no puede invocar para eludir parcialmente su responsabilidad la culpa del dueño de casa que dejó la puerta de calle sin llave. Pero si el daño ha sido magnificado por la *culpa sobreviniente del damnificado*, el agente doloso puede alegar esa circunstancia para que la reparación se ajuste al daño que él ha causado, sin comprender el exceso imputable a aquella culpa.

1402. DOLO RECÍPROCO.– Si el dolo de ambos intervinientes es causa del daño causado, se controvierte la posibilidad del damnificado de pretender del otro un resarcimiento siquiera parcial. Para una tendencia harto rigurosa el damnificado estaría frenado absolutamente en su pretensión resarcitoria por el dolo que él ha cometido. Para otra opinión, que nos parece preferible, el dolo recíproco hace cobrar importancia al principio de *proporcionalidad*; como dice Morello "la distribución del daño entre el ofensor y la víctima, mejor entre los ofensores recíprocos, deberá hacerse de acuerdo con la proporción en que ha sido causado por cada uno de los participantes en el hecho ilícito dañoso". En virtud de ello, quien siguiendo las instrucciones de otra persona le inocula una sustancia tóxica para provocarle la muerte, responde en parte por el daño que ha contribuido a causar.

1403. CONCURRENCIA DE CULPA Y RIESGO.– La concurrencia de culpa del damnificado con el riesgo normal de una cosa materialmente productora de un daño, aunque prevista en el art. 1113 (arg. "parcialmente"), es de imposible presentación fáctica, pues, siempre que medie culpa del damnificado quedará identificada la causa eficiente del daño, y resultará

152

desvanecida la relación de causalidad entre el riesgo *normal* de la cosa y el daño acontecido. Para que subsistiese la conexión causal sería menester que el daño derivase del riesgo *anormal* de dicha cosa, en cuyo caso no jugaría la obligación legal de reparar un daño proveniente del mero riesgo de una cosa, instituida por el nuevo art. 1113, segunda parte, sino la responsabilidad del autor culpable de ese riesgo anormal que derivó en daño ajeno, con fundamento en el art. 1109.

1404. DOLO Y RIESGO.– El nuevo art. 1113 que contempló la hipótesis precedente, no ha previsto la eventual concurrencia del dolo del damnificado y del riesgo de la cosa en la producción del daño. Sin duda, en ese supuesto, el dueño o guardián de la cosa no es deudor de reparación alguna por ausencia de relación causal entre el riesgo normal de la cosa y el daño. Este es el efecto del dolo de la víctima que ha instrumentado la intervención de la cosa para la consecución de la finalidad propuesta.

1405. RIESGO RECÍPROCO.– La ley no ha contemplado expresamente la situación de los daños provenientes de riesgos recíprocos, con prescindencia de toda culpa probada o presunta de ambas partes. En tal supuesto en que el daño ocurre por la sola gravitación de la intervención activa de las cosas que entraron en contacto, cada damnificado podrá invocar lo dispuesto en el art. 1113, segunda parte, para pretender del otro la reparación del daño sufrido. Establecido el monto de cada indemnización, funcionará la compensación de ambas deudas hasta el alcance de la menor quedando como única obligación la mayor por el excedente (conf. art. 818).

Es el caso de dos automóviles detenidos en una pendiente que por una *causa ignorada* se ponen en movimiento y luego chocan entre sí: el deterioro que sufre cada uno de los vehículos es un perjuicio que resulta causado por el riesgo inherente a la presencia del otro en la calzada; luego el dueño o guardián de cada vehículo debe indemnizar el daño sufrido por el otro, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1113, segunda parte (arg. "daño...causado por el riesgo...de la cosa").

1406. CULPA DE UN TERCERO.– El demandado no es responsable cuando él prueba que la única causa del daño cuyo resarcimiento le reclama el damnificado, es la culpa de un tercero, pues habría quedado demostrado que aquél era ajeno al daño (conf. nuevo art. 1113, 2ª parte *in fine*). Por lo demás esta disposición legal es claramente extensible a otras situaciones

en que por la culpa exclusiva de un tercero, el demandado aparece como inocente del daño.

En la terminología de la teoría de la responsabilidad, tercero es toda persona independiente del damnificado y del demandado a quien se imputa el deber de reparar. En consecuencia no son terceros por su dependencia con respecto al demandado: los niños cuando se demanda a los padres, tutores o guardadores por los daños que aquéllos han cometido; los subordinados o dependientes con respecto a su principal, en igual caso; los directores de colegios y maestros artesanos, con relación a los alumnos y obreros aprendices, etcétera.

1407. CULPA CONCURRENTE DEL DEMANDADO Y DE UN TERCERO.– Cuando el hecho dañoso resulta de la concurrencia de culpas del tercero y del demandado hay *responsabilidad compartida* de ambos, que se origina en el *mismo título*, a saber, la autoría común del hecho que hace nacer la obligación de reparar solidariamente.

Cuando las culpas del demandado y del tercero son ambas presumidas por la ley o una presumida y otra probada en juicio, la situación del damnificado, en los hechos, es bastante semejante a la anterior: aunque el perjudicado es titular de *dos acciones* concurrentes en lugar de una sola acción solidaria, puede obtener por medio de aquellas acciones una reparación completa del daño sufrido, dirigiéndose contra uno u otro de los responsables, indistintamente.

Cuando el hecho proviene de la triple culpa concurrente del damnificado, del demandado y del tercero, hay que comenzar por deducir la parte del daño atribuible a la influencia causal de la culpa del propio damnificado. El remanente de daño será el daño resarcible a cargo de los otros partícipes del hecho, conforme a los principios explicados precedentemente.

Ahora bien, siempre que alguno de los responsables satisface la indemnización, a sus expensas, puede exigir del otro responsable la contribución proporcional correspondiente, salvo que sea "autor, consejero o cómplice" (arts. 1081 y 1082) de un delito civil. Esa contribución difiere según sea el tipo de responsabilidad.

En caso de responsabilidad compartida, en razón de la efectiva culpa de los partícipes del hecho dañoso, la contribución de cada uno en la deuda se hace en proporción a la influencia de la respectiva culpa en la producción del daño.

En caso de responsabilidades concurrentes, homogéneas, por derivar de títulos de la misma índole, a saber culpas presumidas por la ley, la contribución de cada responsable es una porción viril del daño resarcible total.

Finalmente, en caso de responsabilidades concurrentes heterogéneas –una surge de una culpa comprobada y la otra de una culpa presumida– la distribución se hace entre los responsables atendiendo al grado de influencia que cupo en la realización del hecho a la culpa probada: el remanente de causalidad será atribuido a la culpa presumida.

1408. QUID DE LA CONCURRENCIA DE LA CULPA DEL TERCERO CON EL RIESGO CREADO POR EL DEMANDADO.– Pensamos que hay una incompatibilidad lógica en la conjunción de la culpa de un tercero, con el riesgo normal de una cosa causante de un daño: siempre, en tal supuesto, la causa del daño reside exclusivamente en la culpa del tercero. De donde se concluye que el adverbio "parcialmente" que emplea el art. 1113 carece de aplicación con respecto a la llamada responsabilidad por riesgo, y sólo debe ser referido a la efectiva responsabilidad del dueño o guardián de una cosa por el daño que el vicio de dicha cosa en conexión con la culpa de la víctima o de un tercero ha podido causar.

En todos los supuestos en que la concurrencia de la culpa de un tercero se traduce en el alivio o la cesación de la obligación de reparar del demandado, a éste le incumbe la prueba de aquella culpa.

1409. CASO FORTUITO; CONJUNCIÓN CON EL RIESGO O VICIO DE LA COSA.– Cuando el evento fortuito o de fuerza mayor absorbe todo el daño acontecido, es indudable que no hay relación de causalidad entre el hecho concerniente al demandado, que sería determinante de su responsabilidad, y el daño producido.

Cuando el daño es el efecto de la conjunción de *dos causas* autónomas, una de las cuales es un caso fortuito, no puede afirmarse que no medie relación causal entre el hecho que compromete al demandado y el daño sufrido por la víctima. Pero es aceptable una exoneración parcial del responsable, en la medida en que la magnitud del daño ha sido incrementado por la incidencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

El principio expuesto de exoneración parcial de responsabilidad juega en los supuestos de concurrencia del caso fortuito con la culpa efectiva o presumida del demandado; pero no funciona cuando el daño magnificado ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, atento a los términos

del nuevo art. 1113, puesto que este precepto no enuncia el caso fortuito como causa de exención parcial de la responsabilidad que incumbe al dueño o guardián de una cosa cuyo riesgo o vicio ha causado un daño.

1410. DISTINCIÓN CON LA IMPUTABILIDAD DEL HECHO.– No es posible confundir la relación de *causalidad* entre el hecho dañoso y el resultado de ese hecho, y la *imputabilidad* del hecho a su autor.

La imputabilidad es un elemento subjetivo que contempla la situación espiritual del agente, que permite considerarlo a él como causa inteligente y libre de la actividad que ha practicado. En cambio la relación de causalidad computa, dentro del orden natural de las cosas, dos hechos objetivos, como son la conducta obrada por el responsable y el resultado dañoso que está a la vista.

Puede no haber coincidencia entre la causalidad y la imputabilidad. Así, cuando un niño de ocho años tira una maceta desde un balcón y hiere a un transeúnte, hay relación de causalidad entre el hecho obrado por ese niño y el daño sufrido por el transeúnte. Pero falta en el caso la imputabilidad del hecho a su autor material, ya que los niños de ocho años carecen de discernimiento para efectuar actos ilícitos y por tanto su acto es involuntario, es decir, no imputable a él.

A la inversa puede ocurrir que haya imputabilidad pero que falle la relación de causalidad. Es lo que pasa cuando alguien infiere una lesión que obliga al lesionado a internarse en un hospital que se derrumba muriendo varios pacientes y entre ellos el lesionado. Acá puede haber imputabilidad del hecho inicial al responsable, pero no hay relación de causalidad porque aquel hecho no ha sido la causa eficiente de la muerte sufrida después por el lesionado.

Siempre que falla la imputabilidad o bien la relación de causalidad, está fuera de cuestión la responsabilidad. Empero, luego de la reforma introducida por la ley 17.711 del año 1968, hay algunos supuestos en que se obliga al autor material de un daño a indemnizarlo, pese a carecer de imputabilidad: son situaciones especiales de indemnización sin responsabilidad.

CAPÍTULO XII

DELITOS

I. DELITOS EN GENERAL

1411. NOCIÓN DE DELITO; ELEMENTOS.– Como ya hemos puntualizado (*supra,* nº 1311), el delito es definido por el art. 1072 como *"el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro"*.

Esa definición legal pone de relieve el *elemento específico* del *delito civil,* que lo tipifica como tal, a saber el *dolo delictual* o intención maligna del agente de producir el daño causado. Los demás elementos constitutivos de esta figura son comunes a todos los actos ilícitos: la violación de la ley (*supra,* nº 1309 b), el daño (*supra,* nº 1309 c) y la relación de causalidad entre el acto obrado por el agente y el daño del que se queja el demandante (*supra,* nº 1393).

1412. DOLO DELICTUAL.– El dolo delictual se integra con las dos ideas latentes en el transcripto art. 1072: a) realización del acto *a sabiendas;* b) *intención de dañar.*

a) En cuanto a la primera especificación, significa que el agente obra reflexivamente "con conocimiento y deliberación". Es una actividad que se opone a la irreflexiva, en la que el sujeto no ha tenido presente en su mente el resultado dañoso de su acción. Diversamente, en el dolo delictual hay *previsión* de ese resultado, que, sin embargo, no ha inhibido la acción.

b) La segunda especificación es decisiva para definir el dolo delictual: el agente ha obrado con *intención de dañar,* es decir, su actividad fue movida por ese propósito maligno. En cambio, no hay ese dolo, sino *culpa*

con representación, cuando aun previendo el resultado dañoso, no es éste la finalidad de la acción: es el caso de quien provoca un incendio de un edificio para cobrar un seguro adoptando precauciones para la evacuación de las personas. Tal persona obra un delito civil contra el asegurador pero no contra la persona que es víctima del incendio por descuido en la evacuación del edificio.

1413. DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL.– En la terminología doctrinaria se distingue el dolo directo y el dolo eventual. En el dolo directo el sujeto acciona para provocar el daño y esa intención nociva determina que la ley trate al agente con máximo rigor imputándole con amplitud las consecuencias del acto. En el caso del dolo eventual el sujeto tiene conocimiento de la posibilidad del dolo dañoso, no lo quiere, pero la posibilidad de que se produzca no es suficiente para hacerlo desistir de su accionar. Así es dolo directo el del automovilista que lanza deliberadamente su automóvil contra un enemigo para matarlo, mientras que es eventual el dolo del automovilista que corre a gran velocidad por placer sabiendo que es posible que embista a una persona.

Sólo el dolo *directo* es el que queda comprendido en la noción de *dolo delictual;* no así el dolo *eventual* ni mucho menos la llamada *culpa con representación.* En nuestro derecho positivo el dolo que tipifica el delito civil se caracteriza por la intención nociva, ya que tal acto exige la concurrencia de dos elementos: la plena conciencia del resultado dañoso que habrá de seguir a la acción –"a sabiendas"–, y que ese resultado haya constituido la motivación del agente –"intención de dañar"–. Ahora bien, tanto en el dolo eventual, como en la culpa con representación, la motivación del agente no es la consecución del daño producido, por lo cual esas figuras quedan al margen del dolo delictual característico del delito civil.

1414. OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR.– El delito civil es una típica fuente de obligación (*supra*, nº 1310) referente a la indemnización del daño causado por el autor del hecho. Es explícito a ese respecto el art. 1077: *"Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona".*

Esta obligación de indemnizar tiene un *fundamento* evidente: el autor del delito ha obrado conscientemente el daño ajeno, y con la intención de causarlo; ha infringido una elemental norma de convivencia que ya los romanos exaltaron como un postulado del derecho: "... *juris precepta haec sunt ... alterum non laedere*". De ahí que el autor del daño deba afrontar las consecuencias de su inconducta.

La indemnización originada en la comisión de un delito es la más amplia que el derecho conoce.

1415. MODO DE SATISFACER LA INDEMNIZACIÓN.– Esta cuestión ha sido decidida por el legislador, con criterio distinto, *antes y después* de la ley 17.711.

1416. a) *Indemnización pecunaria.*– Según el criterio de Vélez Sarsfield el modo de reparación del daño consistía siempre en la satisfacción de una suma de dinero, representativa del valor del daño sufrido por el damnificado que así quedaba indemnizado. Es lo que preveía el antiguo art. 1083: *"Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecunaria que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito".*

De esta manera, el sistema originario de nuestro Código sólo había admitido el resarcimiento en dinero, que procura el restablecimiento del valor económico desmedrado por el hecho ilícito, despreocupándose de la reposición material del estado de cosas precedente a la comisión del hecho.

El sistema de resarcimiento en dinero a que se atenía el Código de Vélez, se recomendaba por su simplicidad, que permitía al responsable solventar fácilmente la indemnización y a la víctima emplear el dinero recibido en la forma que le pareciera más conveniente.

Sin embargo, luego de conocido el Código Civil alemán en nuestro ambiente, la idea de reparación en especie no dejó de ejercer su influencia, especialmente después de haber sido acogida por el Código Civil italiano de 1942, y así entre otros importantes antecedentes fue recogida por el Anteproyecto de Código Civil de 1954.

Si bien Orgaz ha objetado la idea en cuanto la discusión sobre la forma de ejecución de la reparación en especie pueda dar lugar a incidentes y controversias prolongando el enfrentamiento entre las partes, la objeción no es decisiva para desechar, como criterio general la reparación natural. Más bien ha de tenerse en cuenta la objeción para introducir en el sistema la necesaria flexibilidad, dejando librada a la opción del damnificado la elección de la reparación en especie o de la reparación en dinero.

154

De todos modos, la experiencia vivida luego de la reforma introducida por la ley 17.711, a que nos referimos enseguida, muestra que la modificación no ha tenido trascendencia práctica, pues los repertorios de jurisprudencia no traen casos de indemnización en especie. Parece que los damnificados prefieren atenerse a la indemnización pecunaria.

1417. b) *Indemnización optativa.*– Después de la reforma general del Código, realizada por la ley 17.711, el sistema del resarcimiento *pecunario* escogido por Vélez Sarsfield ha quedado sustituido por el *sistema optativo* de la indemnización, en especie o en dinero, *a elección* del damnificado. Así surge del nuevo art. 1083, que dice: *"El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero".*

1418.– El antecedente inmediato de esa fórmula legal es la recomendación nº 16 aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Empero, la comparación entre uno y otro texto, muestra que el vigente ha omitido contemplar como un supuesto *necesario* de sustitución de la reparación en especie por la indemnización pecuniaria, "cuando por las circunstancias del caso el juez considerase que (con aquélla) se agrava innecesariamente la situación del deudor", como prevé la aludida recomendación. Tal vez el legislador de 1968, omitió el agregado, pensando que sería un abuso de derecho del damnificado perseguir una gravosa reposición material del precedente estado de cosas si el costo de ellas resultase muy superior al quebranto patrimonial que el ilícito le hubiese causado. No dudamos de la verdad de ese aserto, y consiguientemente, creemos que el nuevo art. 1071, segunda parte, veda la caprichosa pretensión del damnificado de ser restablecido exactamente en la misma situación de cosas anterior a la comisión del hecho ilícito, cuando esa reposición insume un gasto sin comparación posible con el detrimento patrimonial y el agravio moral padecido por el pretensor de la reparación. Pero la cuestión puede hacer vacilar al intérprete, ante la rotunda afirmación del nuevo art. 1083, que sólo prevé como única excepción a "la reposición de las cosas a su estado anterior", la imposibilidad de proceder a ello. Habría sido conveniente contemplar esta otra excepción relativa al costo desproporcionado, como la formularon explícitamente los textos de inspiración análoga.

1419.– Lo típico del nuevo sistema legal es instituir una *obligación de indemnizar alternativa irregular.* Es obligación *alternativa* porque el responsable es deudor de una prestación, entre dos "independientes y distintas" (art. 635), a saber: una *prestación de hacer,* consistente en la recomposición material del estado de cosas precedente al hecho ilícito; o una *prestación pecunaria* relativa a la satisfacción de una suma de dinero representativa de un daño. Y es alternativa *irregular* porque la *elección* de la prestación a pagar pertenece al acreedor (*supra,* nº 727).

La *indemnización optativa* instituida por el nuevo art. 1083, se aplica a cada daño que sea susceptible de la reparación material por el restablecimiento del estado de cosas precedente al hecho dañoso, pues nada impide que el damnificado conjugue el sistema de reparación en especie de cierto daño con la indemnización en dinero relativa a otro daño distinto.

1420. SOLIDARIDAD.– La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal (art. 1081). La ley ve en el delito cometido por muchos, un pensamiento criminal concebido o inventado en común y por esto ha querido que las condenaciones en materia de delitos fuesen pronunciadas solidariamente contra los autores (nota al art. 1121).

La solidaridad legal que afecta a los autores o cómplices de un delito tiene la particularidad de no originar acción de regreso entre los codeudores solidarios. En efecto, indemnizando uno de ellos todo el daño no tendrá derecho para demandar a los otros las partes que les correspondieren (art. 1082). Es una excepción al principio del art. 717 que encuentra su razón de ser en la regla moralizadora según la cual no es posible invocar la propia torpeza para fundar en ella un derecho.

1421. DELITOS EN PARTICULAR: CRÍTICA A LAS NORMAS RESTRICTIVAS.– Nuestro Código dedica los artículos 1084 a 1095 al tratamiento de los delitos en particular, primeramente contra las personas y después contra la propiedad. Se trata de normas que han sido muy criticadas, porque reiteran innecesariamente los principios generales y aun esto lo hacen con graves omisiones, con lo cual suscitan dificultades en la recta aplicación de aquellos principios que parecen haber sido modificados inconsultamente, con respecto a los delitos que ahí se mencionan. Sin embargo, la comprensión coherente del sistema legal obliga a estimar que las disposiciones particulares no rectifican aquellos principios generales que regulan la ma-

teria de la responsabilidad civil. Esto explica que el Anteproyecto de 1954 haya omitido reproducir las disposiciones del Código Civil antes mentadas.

II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

1422. ENUNCIACIÓN.– En el Capítulo II del Título VIII de la Sección 2ª del Libro II, el Código se ocupa de los siguientes delitos: homicidio (arts. 1084 y 1085), heridas u ofensas (art. 1086), delitos contra la libertad individual (art. 1087), calumnia o injuria (art. 1089), y acusación calumniosa (art. 1090). Innecesario es aclarar que si bien estas figuras contemplan delitos del derecho penal, la regulación que se hace apunta a la responsabilidad civil en que pudiere estar incurso el respectivo autor. Por lo demás, la terminología empleada es la de la época de Vélez; nosotros nos atendremos a la que utiliza el Código Penal vigente.

§ 1. Homicidio

1423. SUPUESTOS COMPRENDIDOS.– Hay *homicidio* toda vez que alguien da muerte a otra persona. No interesa la intención con la que ha obrado el agente, porque ella no cambia la sustancia del hecho desde el enfoque del derecho civil, aunque pueda influir en cuanto a la extensión del resarcimiento en función de los principios generales ya estudiados (*supra,* núms. 256 y sigs.). En consecuencia, quedan comprendidos en esta figura, el homicidio simple, culposo, doloso, preterintencional, parricidio, uxoricidio, etcétera.

1424. TITULAR DE LA INDEMNIZACIÓN.– Una de las cuestiones más dificultosas que se ha presentado es la de saber quién puede alegar la muerte de una persona para fundar en ella un título resarcitorio. Mientras en la *doctrina* han proliferado las opiniones discrepantes, bordadas en torno a la oposición que se ha pensado existente entre los arts. 1077 y 1079 y los arts. 1084 y 1085, la *jurisprudencia* se ha pronunciado de un modo empírico sin profundizar en el meollo del asunto.

1425. LOS TEXTOS EN JUEGO.– La cuestión planteada se suscita en torno a los siguientes preceptos:

Art. 1077: *Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjucio que por él resultare a otra persona.*

Art. 1079: *La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.*

Art. 1084: *Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla.*

Art. 1085: *El derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices o si no lo impidieron pudiendo hacerlo.*

Frente a esos textos algunos autores pensaron que mediaba *contradicción* entre ellos, mientras otros consideraron que los del segundo grupo sólo *limitaban* el principio de carácter general que sentaban los arts. 1077 y 1079. Por nuestra parte conceptuamos que no hay la apuntada contradicción y que la idea de limitación es ajena a la preceptiva de los arts. 1084 y 1085.

1426. NUESTRA CONCEPCIÓN.– En nuestra opinión no hay contradicción alguna entre el art. 1079 por un lado y los arts. 1084 y 1085 por otro, pues todas esas disposiciones tienen un contenido diverso y no superpuesto. El art. 1079 sienta con amplitud el principio general que abre el título a la reparación del daño que sufre cualquier damnificado por el delito, en cuya fórmula entra, desde luego, el delito más grave como es el homicidio. El art. 1084 no desmiente ese principio, sino contempla la situación de algunos damnificados privilegiados a quienes dispensa de la prueba del daño consistente en la privación de lo necesario para la subsistencia: son la *esposa* y los *hijos menores* del muerto. En fin, el art. 1085 especifica una indignidad particular por la cual quedan privados del derecho al resarcimiento que pudiera corresponderles, los *herederos forzosos* que hubieren colaborado en la muerte del causante o que no la hubieren impedido pudiendo hacerlo. Pasamos a examinar los detalles del asunto.

159

1427.– a) *Principio general del art. 1079.* El criterio de la ley, acerca del titular del derecho a obtener resarcimiento del daño producido por el delito de homicidio, está categóricamente indicado por el art. 1079, con respecto a cualquier clase de delitos: todo damnificado directo o indirecto –y es claro que tratándose del homicidio, el titular de la indemnización será siempre un damnificado indirecto– tiene derecho a la reparación del daño sufrido.

1428.– b) *El art. 1084: daño legal presunto.* Esta disposición tiene dos partes bien diferenciadas, de las cuales sólo la segunda reviste real importancia, pues la primera que sienta la obligación del delincuente *de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral* (art. 1084, parte. 1ª), refleja una elemental aplicación de la responsabilidad del autor del hecho por las consecuencias inmediatas que derivan del mismo (conf., arts. 901 y 903).

Es la segunda parte del art. 1084 la que interesa, en cuanto deja librado *"a la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla"*, destinada a cubrir *"lo que fuese necesario para la subsistencia de la viuda y los hijos del muerto"* (art. cit.).

Esa parte de la disposición legal, se ha interpretado, con razón, en el sentido de que establece un *daño legal presunto* experimentado por la viuda e hijos del muerto, quienes no necesitan *probar* haber sufrido un daño a causa del hecho, pues la ley presume hasta la prueba en contrario, que su subsistencia habrá de resentirse por la desaparición de quien, verosímilmente era el sostén del hogar. Esta es la novedad del art. 1084, en comparación con el art. 1079: mientras cualquier damnificado indirecto, que se ampara en el precepto últimamente mencionado debe suministrar la *prueba* del daño sufrido, la *viuda e hijos del difunto* están dispensados de ese *onus probandi* por la *presunción del daño* que sienta a su favor el art. 1084.

1429. A QUIÉNES BENEFICIA LA PRESUNCIÓN LEGAL DEL DAÑO.– El art. 1084, que estamos explicando, sienta la presunción de daño por el homicidio de una persona, a favor de *"la viuda e hijos del muerto"*.

a) En cuanto a la *viuda,* se ha discutido si mantiene esa prerrogativa cuando ella estaba *divorciada o separada de hecho* de su marido que ha sido víctima del homicidio. Nosotros pensamos que la presunción legal del daño, aunque con el carácter simplemente provisional que le cuadra,

juega a favor de la viuda, pese a aquellas circunstancias, porque el divorcio o la separación no son hechos que impidan suponer que la subsistencia de la viuda ha estado a cargo del esposo.

Empero, la presunción de daño no juega si la viuda fue declarada *culpable* del divorcio, pues entonces cesa el deber ordinario de alimentos del marido (conf. arts. 207 y 217, Cód. Civ.), a menos que se trate de un divorcio decretado por la vía de los arts. 204, 205, 214, inc. 2º y 215 del Código Civil y se hubiera acordado un régimen de alimentos para la esposa.

b) En cuanto a los *hijos del muerto,* mentados por la disposición que estudiamos, entendemos que son los *hijos incapaces,* únicos a quienes es dable suponer que son mantenidos por su padre. Las presunciones que sienta el legislador no son antojadizas sino fundadas en lo que sucede de ordinario. Con relación a este asunto una consulta de la experiencia vital indica que la muerte del padre es una fuente de daño patrimonial para los hijos que todavía no se valen por sí mismos y viven a expensas del progenitor, no necesariamente para los hijos que son personas adultas y que, es de suponer, habrán constituido su hogar erigiéndose a su vez en sostén de sus propios hijos menores. Ello no impide que en ciertos casos excepcionales puedan los hijos, ya mayores, experimentar un daño patrimonial por la muerte de un padre maduro o anciano; pero como ello es anormal deben justificar, conforme a las reglas del *onus probandi,* por qué motivo la muerte de quien ha sido víctima de un homicidio se traduce en un daño propio suyo.

1430. QUID DE LA VIDA HUMANA COMO VALOR ECONÓMICO.– Se ha afirmado por los tribunales, reiteradamente, que la vida humana tiene *por sí misma,* un valor económico cuya pérdida debe ser indemnizada.

No obstante la profusión de la jurisprudencia que sustenta la doctrina reflejada por la fórmula expuesta, ésta es pasible de crítica si se la comprende de un modo absoluto. No es correcto afirmar que la vida humana tiene *per se* un valor pecunario, porque no está en el comercio, ni "puede cotizarse en dinero": es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, que se caracteriza por *ser innato, inalienable, absoluto y extrapatrimonial.* Empero, no obstante la importancia que tiene para el hombre *su vida,* no constituye *un bien,* en el sentido que usa esta denominación el art. 2312, como objeto material susceptible de valor.

La vida humana no tiene valor económico *per se,* sino "en consideración a lo que produce o puede producir". No es dable evitar una honda

turbación espiritual, ha dicho con razón Pliner, "cuando se habla de tasar económicamente una vida humana reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento en el mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental; y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias, que sobre otros patrimonios incide, de la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En este orden de ideas, lo que se llama elípticamente la *valoración de una vida humana* ..., no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que la fuente de ingreso se extingue."

Por ello, se ha podido decidir atinadamente que no corresponde fijar indemnización, cuando la víctima era para su familia una carga y no una fuente de recursos, conclusión que no es compatible con la aseveración de que la vida humana tiene por sí misma un valor económico.

1431. QUID DEL CARÁCTER *JURE PROPRIO* O *JURE HEREDITATIS* DE LA ACCIÓN RESARCITORIA POR MUERTE.– Se ha sostenido por una nutrida corriente doctrinaria que el hecho de la muerte produce un daño del cual sería la víctima el primer damnificado: los *herederos* recibirían por vía de herencia, *jure hereditatis,* la acción resarcitoria de ese daño sufrido por el muerto, al tiempo de morir, o sea *muriendo.* E independientemente de esa acción nacida en cabeza del muerto, mientras moría, *cualquier persona* puede demandar *jure proprio,* como damnificado indirecto, el resarcimiento del daño que le ha causado la muerte de otra persona. Habría, pues, una *dualidad* de acciones resarcitorias provenientes del homicidio: quien fuere heredero de la víctima podría *acumular* ambas acciones u *optar* por demandar *jure hereditatis* el resarcimiento del daño sufrido por el muerto, o bien reclamar *jure proprio* la reparación del daño personal que le hubiese irrogado el hecho.

Frente a esa concepción, otra tendencia doctrinaria no menos significativa y mejor fundada, considera que el daño provocado por el mismo hecho de la muerte de una persona no lo sufre el muerto, sino las personas vivas relacionadas con él.

Nosotros conceptuamos que nunca la muerte configura un daño jurídico que pueda sufrir el mismo muerto. Este es la víctima del homicidio, pero no el damnificado por ese hecho, en el mundo del derecho. Pues

damnificado es quien sufre un menoscabo "directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona" (art. 1068), no pudiéndose entender que sea tal el muerto que no es un sujeto de derecho, ni por tanto puede ser portador de un derecho resarcitorio de un daño que habría experimentado por el hecho mismo de haber dejado de ser persona humana. Por otra parte, el daño consistente en la pérdida de la vida humana, constituye en la medida que pueda traducirse pecuniariamente, el objeto de la obligación de reparar resultante del homicidio (conf. art. 1077), y si se admite que tal objeto de resarcimiento ya existe a favor del difunto al tiempo de su muerte, se llega al absurdo de identificar el sujeto activo o titular de la relación jurídica con su objeto. De aquí que sea necesario, por una exigencia lógica, considerar al daño "pérdida de la vida" como un perjuicio que sólo pueden sufrir *jure proprio* quienes como los parientes del muerto puedan ser identificados en el carácter de damnificados indirectos por el homicidio (arg. arts. 1068 y 1079).

Finalmente, aun admitiendo por vía de hipótesis, que la muerte pudiese ser el objeto de una acción resarcitoria nacida en cabeza del muerto, éste no habría padecido un daño patrimonial, puesto que el patrimonio del difunto no se modifica por ese hecho, sino un daño moral por la lesión de los sentimientos de la víctima del homicidio, que este delito puede entenderse que implica. Ahora bien, la reparación del agravio moral no se transmite a los herederos, "sino cuando hubiese sido entablada por el difunto" (art. 1099), eventualidad imposible de concebir, en el caso. Luego, nunca sería transmisible a los herederos la acción resarcitoria tendiente a la reparación del perjuicio consistente en la misma muerte de la víctima del homicidio.

En suma, *no hay dualidad* de acciones que puedan intentarse para reparar el daño consistente en la *pérdida de la vida:* el damnificado jurídico por ese hecho, nunca es el muerto, sino una persona viva que sufre un desmedro en su patrimonio o en sus sentimientos a causa de la supresión de una vida humana, y que dispone de una acción *jure proprio* para remediar el entuerto.

1432. DAÑOS RESARCIBLES.– El art. 1084 indica que son *daños resarcibles* a cargo del homicida: a) los gastos hechos en la *asistencia* del muerto; b) los gastos *funerarios*; c) los *alimentos* a cargo del difunto. Empero, no se trata de una enunciación taxativa, pues son susceptibles de reparación cualesquiera daños que reconozcan su causa eficiente en la muerte de la víctima del homicidio, o supresión de su vida, con tal que el damnifica-

156

do sea afectado en un interés legítimo. Y fuera de ello están los daños sufridos en vida por el difunto.

1433. REPARACIÓN DEL AGRAVIO MORAL.– Sólo los *herederos forzosos* de la víctima del homicidio tienen acción para demandar la reparación del *agravio moral* que *ellos* han sufrido, derecho del que carecen otras personas por intenso que haya sido el dolor que han experimentado a causa del hecho. Así lo determina el nuevo art. 1078, segunda parte *in fine,* al establecer que *"si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"*.

En el supuesto de homicidio, pues, de que estamos tratando, *únicamente* están legitimados para ejercer esta acción, los *herederos forzosos* de la víctima, a saber: su cónyuge, sus hijos y demás descendientes, sus padres y otros ascendientes, su nuera que sea viuda sin descendencia (conf. arts. 3591, 3592 y 3576 bis). Los nombrados, aunque *damnificados indirectos* por el homicidio tienen acción para pretender la reparación del agravio moral sufrido, con lo cual se abre una excepción al principio que reserva para los damnificados directos, en general, la titularidad de esa facultad.

Empero, los mentados *herederos forzosos* ¿son quiénes tienen vocación sucesoria en el momento de la muerte invistiendo aquella calidad?, ¿o son quiénes se identifican por tal calidad aunque, de hecho, carezcan de vocación sucesoria actual, por haber quedado desplazados por otros herederos? Un padre es heredero forzoso, pero, de hecho, resulta excluido de la sucesión por el hijo del muerto, que es nieto suyo: ¿no puede, entonces, pretender la reparación del agravio moral que él ha sufrido por el homicidio del hijo, en esa hipótesis? Sin embargo, innegablemente, podría demandar el resarcimiento del daño patrimonial. ¿Por qué la distinción?

Nosotros pensamos que estando la reparación de cualquier daño supeditada a la calidad de *damnificado* del pretensor, y no a la de sucesor de la víctima del delito, es la interpretación amplia del art. 1078 la que debe prevalecer: el damnificado actúa *jure proprio* y no *jure hereditatis*, para lo cual se opone el art. 1099. Luego ha de aceptarse que está legitimado para accionar cualquier heredero legitimario del difunto, aunque en los hechos resulte excluido de la sucesión por otro heredero.

§ 2. Lesiones

1434. NOCIÓN.– El delito consiste en la lesión que se infiere a otro "en el cuerpo o en la salud" (conf. art. 89, Cód. Penal). Es damnificado directo por ese delito quien es víctima de las lesiones. Son damnificados indirectos quienes a causa de ese hecho sufren un menoscabo en su interés legítimo, por ejemplo el pariente de un accidentado que resulta privado de la ayuda económica que éste le pasaba. Es responsable del daño patrimonial o moral derivado de las lesiones, el autor del hecho, con sujeción a los principios generales ya estudiados.

El delito de *lesiones* está contemplado en el art. 1086, que dice: *"Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento"*.

Esta disposición es superflua, pues, su preceptiva, ya estaba indicada en general por el art. 1069. Además, visto desde otro punto es incompleta, pues no contempla la incapacidad laborativa permanente, total o parcial, que constituye incomparablemente el daño más grave que puede resultar de este delito.

1435. a) *Gastos de curación y convalecencia.*– Todo gasto realizado con la finalidad de *recuperar el estado del lesionado,* anterior a las lesiones sufridas, entra en el concepto de *gasto de curación* a que se refiere el art. 1086, por ejemplo, los honorarios médicos satisfechos, sueldos de enfermeras, pensión de sanatorio, etcétera.

En cuanto a los *gastos de farmacia* son resarcibles, aunque no aparezcan documentados o no se hayan autenticado los recibos respectivos, cuando sean proporcionados a la importancia de las lesiones sufridas.

La recuperación de gastos configura una *deuda de valor* (*supra,* núms. 647 y sigs.), que debe ser estimada en su cuantía en función del actual poder adquisitivo de la moneda.

1436. b) *Ganancias dejadas de percibir.*– Un renglón resarcitorio obvio está dado por *"todas las ganancias que éste* (el lesionado) *dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento"* (art. 1086). La ley supone que la víctima de las lesiones ha sufrido una invalidez transitoria, luego superada por el restablecimiento definitivo, y pone a cargo del res-

ponsable los salarios caídos y la frustración de todo lucro que habría podido concretar el lesionado si hubiera atendido sus ocupaciones habituales.

1437. c) *Incapacidad laborativa permanente.*– Aunque el art. 1086 no lo menciona, éste es el principal renglón resarcitorio que puede originar el delito de lesiones, cuando éstas dejan una secuela irreversible, que se traduce en la invalidez permanente del lesionado para el desempeño de cualquier trabajo, sea la incapacidad total o parcial.

Si la incapacidad es *total* la indemnización debe ser suficiente para cubrir todas las erogaciones futuras del lesionado, atendiendo a la índole de la actividad impedida, perspectivas de progreso, etcétera. Se comprende así que pueda ser semejante indemnización mucho más elevada que la determinada por causa de muerte, ya que en éste último caso, el damnificado es indirecto y no puede especular con los beneficios que le habría representado la continuación de una vida ajena que resultó suprimida. En cambio quien queda inválido de resultas de las lesiones sufridas, no sólo es la víctima del delito sino el damnificado directo por el hecho: de ahí su derecho estricto a que el autor del hecho perjudicial lo restablezca en el estado patrimonial al que él hubiera accedido en las distintas etapas de la vida, si no hubiese ocurrido aquel hecho.

Cuando la invalidez es *parcial* hay primeramente que definir el *déficit* de capacidad en comparación con la aptitud completa del sujeto para el trabajo, lo que se mide en términos de porcentajes, determinando, según los casos y las pericias médicas producidas, una incapacidad del 20%, del 30%, etcétera. En un segundo momento estima el juez el monto de la indemnización, en función del grado de incapacidad que se ha comprobado, prudencialmente.

1438. d) *Daño estético.*– Consiste en cualquier desfiguración física producida por las lesiones, sea o no subsanable quirúrgicamente. La lesión estética puede traducirse en un *daño patrimonial,* cuando incide en las posibilidades económicas del lesionado, lo que debe ser apreciado con amplitud; y siempre tiene esa trascendencia si es posible la supresión o mitigación de la deformidad, por vía quirúrgica, ya que el costo de la operación indica un daño cierto, atento al derecho estricto de la víctima a ser restablecida en el aspecto que tenía con anterioridad al delito (arg. art. 1083).

Puede, asimismo, la lesión estética originar un *agravio moral,* por los sufrimientos y mortificaciones provocados a la víctima; tal agravio es

susceptible de reparación, con arreglo a los principios generales (*supra,* núms. 227 y sigs.). No hay objeción para que el damnificado *acumule* la indemnización del daño patrimonial y la reparación del agravio moral, que se han originado en la lesión estética.

Empero, para que el daño estético sea computable ha de tener alguna identidad, habiéndose considerado que no la tiene una cicatriz lineal de un centímetro y medio de longitud en el arco superciliar, que queda cubierta por las cejas y no ocasiona molestia.

1438 bis. e) *Daño psíquico o psicológico.*– Este daño no alude a un daño físico de la persona sino a su estructura anímica, a su interioridad y a su psiquis.

Al igual que el daño estético, este rubro indemnizatorio no constituye un perjuicio autónomo, pues en la medida que incide en una merma de posibilidades patrimoniales integra la incapacidad y, en su faz extrapatrimonial, el daño moral. No cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica con los perjuicios patrimoniales indirectos –incapacidad– o daño extrapatrimonial –moral–. Estos dos ámbitos básicos (patrimonial y extrapatrimonial) son los que consumen o agotan los perjuicios indemnizables.

§ 3. Privación de libertad

1439. DELITO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.– A este delito se refiere el art. 1087: *"Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente a la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad".*

Hay privación de la libertad cuando se limita la *autonomía* de movimiento de la persona. No se presenta, entonces, esa figura si la coerción va dirigida a la determinación de la voluntad por el temor que se le infunde a alguien de sufrir un mal con que se le amenaza, que constituye una figura delictiva distinta de la contemplada en el precepto transcripto.

Es indiferente que para lograr la restricción de la libertad de movimiento se empleen medios *psíquicos,* como hipnotismo, etcétera, o que se recurra a medios *físicos,* porque la sanción se especifica por el resultado y no por la implementación utilizada para conseguirlo. También es indiferente que el delito se cometa por intermedio de una *acción* o de una *omi-*

154

sión, por ejemplo, si se prolonga ilegalmente la detención de una persona. Finalmente el delito subsiste, sea el autor un *particular* que realiza un secuestro, o un *funcionario,* verbigracia, un empleado carcelario que recibe en el establecimiento un preso sin orden de autoridad competente.

1440. DAÑOS RESARCIBLES.– Según el art. 1087 *solamente* sería resarcible en el caso de comisión de este delito el lucro cesante: *"la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día que fue plenamente restituido a su libertad"* (art. 1087). Pero, es absurdo pensar que el delincuente, autor de un hecho grave, pueda quedar exento de la reparación de otros perjuicios efectivamente sufridos por su víctima, que constituyen no un *lucro cesante,* sino un *daño emergente,* verbigracia, los gastos realizados para descubrir el paradero del secuestrado, o las pérdidas soportadas por éste con respecto al deterioro de bienes desatendidos durante el lapso de la ilícita detención. Es imposible concebir que el legislador pueda haber querido dispensar esa gracia al delincuente y gravar a la víctima dejándola soportar esas derivaciones del delito. De ahí que sea menester comprender el adverbio *solamente* en un sentido distinto al literal.

En nuestra opinión la expresión *solamente* usada por Vélez en el art. 1087, y ya empleada por Freitas en el art. 3645 del Esbozo, no indica exclusión de toda reparación de un efectivo daño sufrido por la víctima del delito –lo que insistimos, es absurdo– sino la eliminación de otras sanciones que no está en el arbitrio de los jueces imponer.

§ 4. Otros delitos

1441. ESTUPRO, RAPTO Y OTROS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD.– Si el delito fuere de estupro o de rapto, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente (art. 1088, 1ª parte).

El estupro es un delito consistente en el acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15. La violación es el delito consistente en el acceso carnal conseguido por la fuerza o intimidación. El rapto es la sustracción o retención de una mujer con miras deshonestas por medio de la fuerza, intimidación o fraude. En todos esos casos el delincuente puede quedar exento de pena si la víctima del delito se aviene a contraer matrimonio con él. Si así no fuere la damnificada tiene derecho a una indemnización pecunaria, aunque no hubiere sufrido daño patrimonial alguno, ya que el Código no suspedita la indemnización a ese requisito y, por lo demás, delitos de esa índole suelen producir antes que nada agravios morales que deben ser reparados.

También procede la indemnización cuando el delito fuere de seducción de mujer honesta menor de 18 años (art. 1088, 2ª parte). Aunque en este caso no se cometa delito penal, igualmente queda configurado un delito civil que da lugar a la correspondiente indemnización.

1442. CALUMNIA E INJURIA.– Si el delito fuere de calumnia o injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecunaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó un daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación (art. 1089).

El delito de calumnia consiste en atribuir falsamente a otro la comisión de un delito doloso o una conducta criminal dolosa. El delito de injuria consiste en deshonrar o desacreditar a otro.

En tales casos siempre procede la reparación del agravio moral que sufriere la víctima de la calumnia o injuria. Adicionalmente corresponde también la indemnización del daño material cuando el damnificado produjere la prueba de la existencia de ese daño.

No hay lugar a una u otra indemnización cuando el imputado probare la verdad de su manifestación.

1443. RETRACTACIÓN.– Consiste en el reconocimiento por el demandado de la falsedad de su afirmación calumniosa o injuriosa para el ofendido, y el retiro de tal manifestación.

Este acto, que en materia penal constituye una *excusa absolutoria,* y por tanto exime de pena al autor del hecho, "cuando se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo" (art. 117, Cód. Penal), carece de influencia para detener la acción civil, ya que la misma retractación "implica la admisión por el acusado de la existencia y realidad de la injuria o calumnia".

1444. ACUSACIÓN CALUMNIOSA.– Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del art. 1089, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere.

III. DELITOS CONTRA LOS BIENES

1445. ENUNCIACIÓN.– El Código Civil contempla bajo la denominación de "delitos contra la propiedad", los delitos de *hurto,* en el cual involucra el robo, de *defraudación* identificado como la "usurpación de dinero" (art. 1093) y de *daño.* Son disposiciones inaprovechables, que no ayudan al intérprete, sino al contrario suscitan su tropiezo: 1º) porque indican soluciones que resultan elementalmente de los principios generales; 2º) porque tales soluciones son insuficientes y omiten la reparación del "lucro cesante", así como del "agravio moral", experimentados por el damnificado, con lo cual insinúan la ausencia de contemplación de esos daños con respecto a esta clase de delitos, lo que es irrazonable; 3º) en fin, porque no concuerdan los delitos especificados, con los "delitos contra la propiedad" mentados por el Código Penal, que indica otras figuras delictivas distintas.

Todo ello condujo a los redactores del Anteproyecto de 1954 a prescindir de la preceptiva de los arts. 1091 a 1095, que podía ser ventajosamente suplida por la directa aplicación de los principios generales, que no requieren ser reiterados a propósito de ciertos actos ilícitos en particular. Sorprende, pues, que hayan insistido en esa técnica defectuosa, el Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de Gásperi.

1446. DELITO DE HURTO.– Si el delito fuere de hurto la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios y con la indemnización de los deterioros que tuviere aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1091).

El hurto consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena sin violencia. El robo en cambio es ese apoderamiento pero efectuado con violencia sobre la persona o con fuerza sobre las cosas. Aunque el Código Civil contempla acá sólo el hurto no cabe duda que queda comprendido también el robo, y por lo demás la sola aplicación de los principios generales conduciría a la misma conclusión aunque el precepto del art. 1091 no hubiese sido consignado.

Cabe formular dos observaciones: 1º) que la restitución de la cosa robada o hurtada no se hace a título de indemnización sino a título de recuperación de un dominio que no se perdió por el hecho del delito; 2º) las pérdidas y deterioro que sufriere la cosa aun por caso fortuito constituyen un renglón resarcitorio que el delincuente debe indemnizar, porque es un

poseedor vicioso (conf. art. 2436), a quien se le impone como sanción ese riesgo, aunque la cosa se hubiera deteriorado igualmente si hubiese estado en poder de su dueño.

1447. DEFRAUDACIÓN.– Si el delito fuere de usurpación de dinero, el delincuente pagará los intereses de plaza desde el día del delito (art. 1093). A ese delito se lo denomina en la terminología penal actual defraudación. Se comprende que el delincuente tenga que solventar intereses porque está en mora en cuanto a la restitución desde el momento de la comisión del delito.

1448. DELITO DE DAÑO.– Si el delito fuere de daño por destrucción de la cosa ajena, la indemnización consistirá en el pago de la cosa destruida; si la destrucción de la cosa fuere parcial, la indemnización consistirá en el pago de la diferencia de su valor actual y el valor primitivo (art. 1094).

1449. DISPOSICIÓN COMÚN A LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.– El Código prevé quién es el *titular de la indemnización,* con respecto a los delitos contra la propiedad, en el art. 1095: *"El derecho de exigir la indemnización del daño causado por delitos contra la propiedad, corresponde al dueño de la cosa, al que tuviese el derecho de posesión de ella, o la simple posesión, como el locatario, comodatario o depositario; y al acreedor hipotecario, aun contra el dueño mismo de la cosa hipotecada, si éste hubiese sido autor del daño".*

1450. OTROS DELITOS ENUNCIADOS POR EL CÓDIGO PENAL.– Las figuras delictivas, contra la propiedad, que incrimina el Código Penal, y que ha omitido consignar expresamente el codificador civil, son: la *extorsión* (arts. 168 y 171, Cód. Pen.); la *quiebra fraudulenta o culposa* y el *concurso civil fraudulento* (arts. 176 a 180); y la *usurpación de inmueble* (arts. 181 y 182, Cód. Pen.).

Esa ausencia de tipificación civil no sólo no trae dificultad alguna, en materia de responsabilidad frente al damnificado, sino que favorece la más directa o irrestricta aplicación de los principios generales expresados por los arts. 1066, 1068, 1069, 1077, 1079 y 1083, del Código Civil. Fuera de ello, en esos casos, la misma solución resarcitoria está respaldada por los arts. 29 y sigs. del Código Penal.

158

1451. LESIÓN AL CRÉDITO.– Constituye un delito civil la llamada *lesión al crédito,* por la cual una persona ajena a una determinada relación obligacional causa intencionalmente un daño al respectivo acreedor mediante un acto ilícito que perjudica la existencia o exigibilidad del crédito. No sólo las cosas materiales pueden ser menoscabadas, también los bienes propiamente dichos, o derechos patrimoniales. A este respecto no cabe confundir *dominio y propiedad* que se encuentran en una relación de *especie* a *género.* El dominio, que es el pleno derecho real sobre una cosa (conf. art. 2506), es lesionado por los delitos de robo, hurto o daño. La propiedad es todo derecho subjetivo de contenido patrimonial y abarca varias especies como el dominio y demás derechos reales, la propiedad intelectual, el derecho de crédito. También los terceros pueden cometer delitos lesivos del derecho del acreedor, sea realizando alguna especie de defraudación, o simplemente causando una *lesión al crédito,* que es un puro delito civil cuando no está tipificado como delito penal.

Entre las hipótesis de lesiones al crédito, obradas por terceros, se distinguen las acciones sobre la esfera jurídica del acreedor, o del deudor. En cuanto a las primeras, cuando se realizan con la plena conciencia del mal que se causa al acreedor perjudicado, están configuradas como delitos penales: defraudación, violación de los deberes de funcionario público o falsificación de documento, falso testimonio. Pero, si falta el dolo y por ello el acto deja de configurar un delito penal, aparecerá nítidamente el cuasidelito civil constituido por la lesión al crédito: es el caso típico de la omisión de un embargo en un certificado erróneo del Registro de la Propiedad expedido por descuido de un empleado, hecho que compromete a éste frente al acreedor embargante, si resultó perjudicado, y al Estado como principal del culpable.

Las acciones sobre la esfera jurídica del deudor que pueden comportar lesión al crédito, son las que pese a ser dirigidas con respecto al patrimonio o la persona del deudor, afectan al crédito del acreedor en su exigibilidad o en su eficacia. En este supuesto para que resulte comprometida la responsabilidad del tercero, frente al acreedor, se requiere, simplemente, la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad extracontractual, a saber: 1º) que el acto del tercero sea violatorio de la ley; 2º) que él haya obrado con dolo delictual o culpa: si lo primero, aparece el delito civil de lesión al crédito y si lo segundo, se está en presencia de un cuasidelito; 3º) que el acreedor experimente un daño en la exigibilidad o eficacia de su crédito; 4º) que medie relación de causalidad jurídicamente relevante, de primero o segundo grado, entre el daño del

acreedor, sufrido por el incumplimiento del deudor y el acto ilícito del tercero.

A esas condiciones generales, cabe agregar la *fecha cierta* del crédito del damnificado con respecto al responsable: así destruida una cosa por culpa de un tercero, quien se pretende acreedor de ella, debe tener un crédito que tenga fecha cierta para el autor del daño, si persigue la reparación del daño contra él, pues, de lo contrario, el crédito no sería oponible al responsable. No creemos que sea un requisito de la responsabilidad del tercero que el acto de éste sea un caso fortuito eximente de responsabilidad del deudor: hay situaciones de lesión al crédito, con y sin culpa concurrente del deudor.

1452.– La lesión al crédito puede provenir de una circunstancia que afecta su *exigibilidad* o bien que resiente su *eficacia.* Lo primero ocurre, cuando la acción del tercero impide el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, destrucción de la cosa debida, o imposición de una enajenación mediante violencia, o atentado personal al deudor que le impide practicar un acto "infungible" a favor del acreedor. Y se resiente la eficacia del crédito, con su lesión consiguiente, cuando la actividad del tercero se concierta con la del deudor para tornar ilusorio el derecho del acreedor, como en los casos típicos de adquisición *simulada* para sustraer la cosa a la ejecución de los acreedores, o de adquisición *fraudulenta* con igual finalidad. Cuando en esas hipótesis la acción de simulación, o fraude, resulta estéril por haberse transmitido ulteriormente la cosa a un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, se hace patente la lesión al crédito que sufre el acreedor, de la que debe responder el cómplice del deudor, tanto como éste mismo.

Otra situación de lesión al crédito se puede presentar cuando pendiente una obligación de dar una cosa cierta para transferir su dominio, el deudor la enajena a un tercero que tiene conocimiento de aquella obligación. Este acto es pasible de nulidad por ser lesivo de "los derechos de un tercero" (art. 953), en el caso el primer acreedor. Pero si la acción de nulidad es infructuosa, por haberse desplazado la cosa a manos de un subadquirente oneroso de buena fe, se presenta una lesión al crédito que compromete la responsabilidad del primer adquirente de la cosa.

1453. TERCERAS JORNADAS DE DERECHO CIVIL.– El tema expuesto precedentemente fue considerado por las *Terceras Jornadas de Derecho Civil,* reunidas en la ciudad de Tucumán en setiembre de 1967, siendo

aprobada la siguiente declaración: "El tercero que mediante un hecho ilícito impide el cumplimiento de la obligación en favor del acreedor, debe responder a éste por los daños y perjuicios ocasionados siempre que se den las siguientes condiciones: a) que medie una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho ilícito y el daño sufrido por el acreedor por el incumplimiento del deudor; b) que en razón del hecho ilícito del tercero el acreedor no pueda obtener la prestación debida por ninguno de los medios que le acuerda el Código Civil. Si la falta de cumplimiento fuere por insolvencia del deudor, el acreedor sólo tendrá acción contra el tercero cuando el hecho ilícito de éste hubiere determinado la insolvencia".

Capítulo XIII

CUASIDELITOS

1454. Noción y elementos.– El cuasidelito, como ya lo hemos definido, es el hecho ilícito dañoso obrado con culpa. Esta significación del cuasidelito remonta a los glosadores ya que en el primitivo Derecho Romano el cuasidelito no se tipificaba por la mera culpa o negligencia: también los actos obrados con intención maliciosa podían ser configurados como cuasidelitos, porque para los romanos la diferenciación no dependía de la intención con que hubiese obrado el agente sino del elemento puramente extrínseco consistente en la calificación legal como delito o cuasidelito. Así eran conceptuados delitos cuatro figuras típicas, a saber: el hurto o *furtum*, el robo o rapiña que era obrado con violencia, el daño ilícito o *damnum injuria datum* que consistía en las lesiones producidas en las cosas ajenas fuera con dolo o culposamente, y la "injuria" que se refería a toda lesión de la persona ajena. En cambio eran conceptuados cuasidelitos otra serie de hechos a cuyo autor se le imponía la obligación de reparar el perjuicio causado "como si hubiera habido delito". En esa categoría entraba el hecho obrado por un juez que dictaba una sentencia injusta beneficiándose con el resultado del pleito; el daño causado a un transeúnte por un objeto que se arrojaba desde una ventana de la casa; el daño experimentado por la caída de cosas suspendidas sobre la vía pública; y finalmente los perjuicios sufridos por los viajeros a raíz del robo o daño que ellos sufrieran.

En cuanto a los elementos de los cuasidelitos nos remitimos a lo expresado *supra,* números 1309 y siguientes. Es claro, siendo el cuasidelito una especie del género acto ilícito todos los elementos de su género tienen que estar presentes en la especie del cuasidelito. En cuanto al estudio del elemento tipificante de esta especie, que es la culpa, remitimos al lector a

159

lo dicho en los números 121 y siguientes, sin perjuicio de los complementos que enunciaremos en el presente capítulo.

1455. DIVERSOS CASOS DE CUASIDELITOS.– La presentación esquemática de los cuasidelitos los distingue tradicionalmente en tres categorías, a las que también se ha atenido nuestro codificador, a saber: 1º) el hecho dañoso originado en la *culpa personal* del agente que da lugar a la *responsabilidad por el hecho propio,* también llamada *directa,* regulada por los arts. 1109 a 1112; 2º) el hecho dañoso cometido por alguien que compromete la responsabilidad de otro, a la que se denomina *responsabilidad por el hecho ajeno,* o también *refleja o indirecta,* tratada en los arts. 1113, primera parte, y 1114 a 1123; 3º) el hecho dañoso proveniente de las cosas inanimadas y de los animales, de que alguien se sirve o tiene a su cuidado, que compromete la *responsabilidad* del dueño o guardián de la cosa originaria del daño, conforme a la reglamentación contenida en el art. 1113, segunda parte, y en los arts. 1124 a 1136.

Si se comparan estos tres supuestos de cuasidelitos y las reglas referentes a ellos se advierte que el primero contiene los principios generales que rigen la responsabilidad aquiliana o cuasidelictual. Los otros dos, constituyen una adaptación de aquellos principios a la particularidad de cada situación.

I. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

1456. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO.– En el presente apartado trataremos la responsabilidad personal o por el hecho propio. En los dos siguientes nos ocuparemos de los otros dos tipos de responsabilidad cuasidelictual, mencionados.

1457. TEORÍA GENERAL DE LA CULPA CUASIDELICTUAL: CONCEPTO.– La palabra culpa describe en el derecho, una conducta desacertada pero exenta de malicia. Alguien es culpable cuando se le puede reprochar que no haya puesto la diligencia que le era exigible para evitar las consecuencias dañosas de su actividad. Por tanto la culpa consiste en una omisión de diligencia apropiadas que exigía la naturaleza de la actividad practicada para evitar el mal ajeno.

1458. UNIDAD Y PLURALIDAD.– Como hemos examinado éste tópico *supra,* número 123 remitimos al lector a lo dicho en ese lugar.

1459. CAMPO DE APLICACIÓN.– Los principios relativos a la culpa cuasidelictual se aplican en todos los casos en que el agente infringe el deber que pesa sobre todas las personas de actuar con prudencia para no resultar un factor nocivo para los demás. En principio, esas reglas no se aplican, en cambio, a la omisión de diligencias en que incurre uno de los contratantes en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y que derivan del contrato celebrado. El art. 1107 señala esa barrera de normas que deslinda el campo contractual o extracontractual, debiéndose aclarar que por campo contractual se alude en la teoría de la responsabilidad a toda hipótesis en que el agente que obra infringe alguna obligación preexistente que le impone el deber de no omitir las diligencias que sean apropiadas a la naturaleza de la obligación que él ha contraído, para poder cumplirla. En cambio, la referencia al campo extracontractual, pese a su denominación que alude a un sector indefinido donde no juega el régimen del contrato, sólo abarca el ámbito en que se manifiesta una conducta reprochable sin preexistencia de una obligación determinada que obligue al agente a prestar una conducta diligente.

Por excepción son aplicables las reglas de la culpa cuasidelictual que hacen más severa la consiguiente responsabilidad, a los hechos o a las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, cuando ellos degeneran en delitos del derecho criminal (conf. art. 1107). Así por ejemplo, si un farmacéutico vende por error suyo un veneno en lugar de un medicamento que le ha sido solicitado y como consecuencia el paciente que lo ingiere fallece: se presenta ahí un homicidio culposo que compromete al farmacéutico pese a que él sólo ha incurrido en un acto de culpa en el cumplimiento de un contrato de compraventa.

Finalmente es de notar que la barrera que deslinda los ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual, no funciona cuando el incumplimiento de una obligación se efectúa con la intención de causar el daño que experimenta el otro contratante: es de notar que ese hecho queda comprendido en la definición que del delito civil da el art. 1072, y como el régimen de los delitos no contiene una barrera semejante a la del art. 1107, basta que uno de los contratantes haya obrado el incumplimiento de la obligación a su cargo con la intención de dañar al otro para que sea aplicable el régimen de los delitos civiles sin que sea necesario que el hecho configure un delito del derecho criminal. Es que en tal caso el contrato

aparece como la simple ocasión que aprovecha el agente para causar el daño ajeno, y se comprende, entonces, que no se le compute para aliviarlo de la responsabilidad más intensa que corresponde al que obra intencionalmente el daño ajeno.

Lo que se ha expuesto rige con respecto a los contratantes, pero no se aplica a los terceros o extraños al contrato. Con respecto a ellos el art. 1107 no juega y consiguientemente un acto culposo de incumplimiento contractual puede originar la responsabilidad cuasidelictual de quien obra ese hecho, frente a los terceros que resultan dañados por ese acto.

1460. REGLAS APLICABLES A LA CULPA CUASIDELICTUAL.– Si se compara el régimen aplicable a la culpa cuasidelictual con el que rige la culpa llamada contractual se pueden señalar distintas reglas diferentes que hemos enunciado *supra* en el número 124 a donde remitimos al lector.

1461. PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN.– En principio los hechos ilícitos culposos se rigen por las mismas normas que gobiernan a los delitos o hechos ilícitos dolosos. Este principio de asimilación que era una simple directiva general en el sistema del Código de Vélez, luego de la reforma general del año 1968 determinada por la ley 17.711, constituye un criterio preciso del cual el intérprete no puede apartarse si no juega una norma particular expresa.

a) En el sistema del Código de Vélez sólo algunas disposiciones de los delitos se aplicaban categóricamente a los cuasidelitos: eran los artículos que taxativamente mencionaba el art. 1108. En cuanto a las demás disposiciones relativas a los delitos sólo eran aplicables también a los cuasidelitos *secundum quid*, es decir, en tanto y en cuanto la diferente naturaleza de unos y otros hechos ilícitos consintiera esa proyección de régimen que establecía como una pauta general el antiguo art. 1109 en su segunda parte. Tal la única manera de conciliar el antiguo art. 1108 y la segunda parte del antiguo art. 1109 que de otro modo serían incongruentes entre sí.

b) La ley 17.711 derogó el antiguo art. 1108 dejando sólo subsistente la segunda parte del art. 1109 que ahora funciona sin restricción alguna: por tanto ha de entenderse que ahora la obligación de reparar el perjuicio causado por un cuasidelito "es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil" (art. 1109, 2ª cláusula), lo que obliga al intérprete a aplicar un régimen básico común a los delitos y cuasidelitos

que sólo podrá ser dejado de lado cuando rija alguna norma excepcional que se refiera con exclusividad a los cuasidelitos. La actitud del intérprete ha cambiado: antes de la reforma sólo estaba precisado a aplicar a los cuasidelitos los artículos de los delitos que enunciaba el art. 1108; en cuanto a los demás sólo debía aplicarlos si su régimen era congruente con la distinta naturaleza de los cuasidelitos. En tanto que ahora, después de la vigencia de la ley 17.711, se impone al intérprete la lisa y llana aplicación del régimen de los delitos a los cuasidelitos, en todo cuanto no funcione una disposición legal que sea particular de estos últimos. Se estimula, así, una asimilación total que no ha sido estimada conveniente.

En cuanto a las *diferencias de régimen* todavía subsistentes, entre los delitos y cuasidelitos, las hemos mencionado *supra,* número 1313, adonde remitimos al lector.

1462. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.– Esta era una cuestión que mostraba una importante diferencia entre delitos y cuasidelitos, en el sistema del Código de Vélez Sarsfield. Luego de la reforma del año 1968 también la responsabilidad que pesa sobre los autores o partícipes de un cuasidelito es solidaria, por lo que la diferencia apuntada ha desaparecido, en lo sustancial.

Según la comprensión más difundida del Código de Vélez Sarsfield, la responsabilidad que alcanzaba a los coautores o partícipes de un cuasidelito no era solidaria, sino que cada uno de ellos debía reparar el daño causado en la medida que había contribuido a su producción.

Esta conclusión se afirmaba en varias consideraciones que no habían sido refutadas. En primer término, porque tratándose de cuasidelitos fallaba la razón que había conducido al codificador para imponer la solidaridad en materia de delitos, que habían tramado los autores o cómplices del mismo. Pero tal razón falta cuando se conecta accidentalmente la actividad de varios y de esa conexión resulta un daño ajeno. Lógico es que faltando la razón de ser de la solidaridad, falte también la consecuencia que ella originaba.

En segundo lugar, cuando las culpas de varios se conectan para producir un único resultado dañoso, se genera una obligación de reparar de sujeto plural, la cual se gobierna por el principio general de fraccionamiento que hace que existan en verdad tantas obligaciones como sujetos existen (conf. arts. 674 y 691 *in fine*). En este caso no juegan las excepciones al principio de fraccionamiento: no juega la solidaridad por lo dicho precedentemente y tampoco juega la indivisibilidad porque el monto de la

indemnización, que en el régimen del Código Civil debía satisfacerse con dinero (conf. antiguo art. 1083), es eminentemente fraccionable o divisible.

En tercer término, es meridianamente clara la idea del codificador en el sentido de que la responsabilidad por los cuasidelitos no es solidaria, según así lo establece categóricamente en la nota al art. 1121. No es posible subestimar la importancia de esta nota que constituye un elemento valiosísimo para decidir la cuestión.

En cuarto lugar, cuando el codificador encara dentro del título de los cuasidelitos la responsabilidad común de varios por el mismo hecho establece en los arts. 1121 y 1135 que ella no es solidaria. Ahora bien como no tienen esas situaciones nada de especial, esa situación debía extenderse a todo supuesto de responsabilidad conjunta derivada de un cuasidelito. La distinción entre unos y otros casos de culpa sería arbitraria por ausencia de razón suficiente para efectuarla. Por ello ha de concluirse que en el sistema del Código Civil articulado por Vélez Sarsfield la solución de los arts. 1121 y 1135 era la que correspondía aplicar, por analogía, en todo otro supuesto de responsabilidad cuasidelictual que afectara a varias personas, pues de lo contrario el codificador habría actuado desatinadamente imponiendo la solidaridad o dejando de hacer esa imposición, como se adjudica la suerte en una tómbola.

1463. EVOLUCIÓN; LEY 17.711.– Luego de la sanción de la ley 17.711 el sistema del Código de Vélez Sarsfield ha experimentado una importante evolución acerca del tópico estudiado en el número precedente. En efecto la reforma del año 1968, acerca de este asunto, trajo dos innovaciones: 1º) suprimió el art. 1108 y 2º) completó el art. 1109 con un agregado según el cual cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde podrá ejercer la acción de reintegro.

Con ese agregado hecho al art. 1109, se extiende implícitamente la solidaridad que rige entre los "autores consejeros o cómplices" de un delito civil (conf. art. 1081), a los coautores de un cuasidelito, admitiéndose que entre estos últimos cabe la acción de recurso de quien hubiera solventado la total indemnización contra los demás obligados, por el excedente de su participación en la deuda. Esta acción de recurso en cambio no es viable cuando se trata de la responsabilidad proveniente de un delito, a mérito de lo dispuesto en el art. 1082.

Aunque la ley habla de coautores, denominación que cuadra aplicar a quienes "se ponen de acuerdo para realizar actos imprudentes" (López Olaciregui), ha de concluirse que la misma solidaridad alcanza a los partícipes del hecho dañoso: es una conclusión que resulta impuesta por la necesidad de regir la obligación resultante de un cuasidelito por las disposiciones que rigen a los delitos y que sólo podría dejarse de lado si hubiera una solución distinta para los meros partícipes en el hecho, solución que la ley no ha establecido.

1464. NECESIDAD DE COMPATIBILIZAR EL RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD INSTITUIDO POR LA LEY 17.711 CON EL ARTICULADO INTACTO DEL CÓDIGO CIVIL.– Es de notar que con el sistema ahora vigente queda sin explicación razonable que siendo solidaria la responsabilidad de los coautores o partícipes de un cuasidelito, no sea la de los hoteleros, posaderos, capitanes de buques, amos de casa, inquilinos y condóminos de edificios ruinosos a quienes exime de esa solidaridad el Código Civil en los subsistentes arts, 1121 y 1135. También se suscita la duda sobre la situación de personas a quienes se consideraba exentas de solidaridad, como los condóminos de un animal que ha provocado un daño, los principales de una dependiente común que ha causado un daño en el cometido de su incumbencia, los guardianes en común de una cosa que resulta dañosa, etcétera. Todo ello hace lamentar que decididos los reformadores a imponer la solidaridad en materia de cuasidelitos, no hayan modificado en consonancia con ese designio, los arts. 1121 y 1135.

1465. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD.– Desde luego las manifestaciones unilaterales de voluntad de alguien que pretendiera eximirse de responsabilidad cuasidelictual por el anuncio que hiciera a los terceros de no ser él responsable de los daños que esos terceros pudieran experimentar como consecuencia de la actividad de sus empleados o de la acción de sus cosas, carecerían de todo valor ya que la responsabilidad cuasidelictual está impuesta y regulada por la ley, siendo así independiente de cualquier conformidad o disconformidad que al respecto tuvieren los individuos implicados en ella.

Pero se trata de saber si es válida una convención celebrada entre particulares en virtud de la cual quedara eliminada la responsabilidad futura que pudiera alcanzar a alguno de los contratantes con respecto al otro. Creemos que esta cuestión ha de decidirse con el mismo criterio con que se aprecia la legitimidad de las cláusulas excluyentes o limitativas de res-

ponsabilidad contractual. Por aplicación de esa idea (véase *supra,* núms. 136 y sigs.), se ha de concluir que las cláusulas *exonerativas* de responsabilidad no son válidas y que en cambio lo son con relación al otro contratante las cláusulas *limitativas* de responsabilidad. Para llegar a esa diferenciación hay que considerar que mientras las primeras cláusulas tienen un contenido contrario a la ley que ha impuesto la responsabilidad cuasidelictual para satisfacer un interés público, en cambio las últimas, que sólo implican una regulación distinta de la responsabilidad legal, son compatibles con ésta porque no se advierte que en la parcial renuncia anticipada que hiciera alguno de los contratantes del derecho que pudiese hacer valer en caso de experimentar un daño por culpa del otro, exista alguna lesión al orden público instituido por la ley. Sin embargo, si la cláusula, que en su apariencia es sólo limitativa de responsabilidad, en la práctica juega como una cláusula de verdadera exención, ha de considerársela por su sustancia dentro de esta última categoría y consiguientemente no podrá aceptarse su legitimidad.

1466. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.– El contrato de *seguro de responsabilidad civil* es aquel por el cual el asegurador se compromete a indemnizar a terceros los daños que bajo ciertas condiciones pueda causarles el asegurado, y este a satisfacer como contraprestación una prima determinada.

Las partes del contrato son el asegurado y el asegurador. Empero, producido el daño puede el damnificado incorporarse al régimen del contrato y reclamar como tercero beneficiario la ventaja estipulada a su favor (arg. art. 504) mientras ella no hubiera sido revocada. Es claro que si lo prefiere, por la notoria solvencia del responsable, nada le impide demandar exclusivamente a éste último, que es el deudor.

No nos ocupamos de las relaciones entre las partes del contrato de seguro de responsabilidad civil, porque es materia comercial que examinan los obras de derecho mercantil. Nos limitaremos a apuntar el régimen referente a la situación del damnificado, frente al seguro contratado por el responsable, lo que ha sido contemplado por la ley 17.418, en sus arts. 118 y 119.

Según el art. 118 de la ley citada, el damnificado está provisto de dos remedios, con relación al asegurador del responsable, que son un *privilegio* y una *citación en garantía* como lo denomina impropiamente el texto legal.

a) Por el *privilegio* queda afectada "la suma asegurada y sus accesorios" para la satisfacción del crédito del damnificado, "con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil". Ahora bien, el privilegio es una calidad de un crédito (*supra,* nº 353), y sin embargo el damnificado no tiene relación jurídica alguna que lo vincule con el asegurador de manera de poder pretender cobrarse prioritariamente con algún bien de dicho asegurador, en el caso la suma asegurada. Pero como es inconcebible que pueda existir privilegio sin crédito correlativo, hay que concluir que es el crédito del damnificado contra el asegurado el que justifica el privilegio que él hace valer sobre el patrimonio de un tercero, el asegurador. Lo cual demuestra que la pretensión del acreedor de hacer valer su cobro prioritario contra el asegurador "en la medida del seguro", configura una *acción directa* por su naturaleza, aunque la ley haya eludido darle esa denominación.

b) El recurso o acción judicial del damnificado contra el asegurador, es denominado eufemísticamente por la Ley de Seguros, *citación en garantía*. Pero tal terminología, que sólo es aplicable cuando la citación la pide el responsable, no disimula la verdadera naturaleza de ese resorte procesal que es el de una efectiva acción directa que tiene la particularidad de *no ser autónoma:* la demanda no puede incoarse sólo contra el asegurador, pues el damnificado está legalmente precisado a demandar también a su deudor, que es el asegurado.

1467. PLURALIDAD DE DAMNIFICADOS.– ¿Cómo funciona el derecho del damnificado con respecto al asegurador, cuando aquella calidad es investida simultáneamente por varias personas? Es, desde luego, lo que ocurre cuando el mismo hecho dañoso lesiona a una *pluralidad de damnificados,* supuesto en el cual el art. 119 de la ley 17.418 determina: *"Si existe una pluralidad de damnificados, la indemnización se distribuirá a prorrata. Cuando se promuevan dos o más acciones, se acumularán los diversos procesos para ser resueltos por el juez que previno".*

II. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

1468. NOCIÓN.– Hay responsabilidad por el hecho ajeno cuando alguien queda comprometido por el acto que obra otra persona, de manera de tener que afrontar la reparación de los daños causados.

164

El Código se refiere a la responsabilidad refleja o indirecta en el art. 1113 donde sienta el principio general relativo a tal responsabilidad: "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia...". Luego de sentar este principio general el Código contempla algunas responsabilidades particulares de personas que responden por otros: así los padres (arts. 1114 a 1116); los tutores o curadores (1114, 2ª parte); los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales (art. 1117); los hoteleros, dueños de establecimientos semejantes, capitanes de buques y patrones de embarcaciones (arts. 1118 y 1119); y los amos de casa o inquilinos, que responden por los daños que produjeren las cosas arrojadas por las ventanas (art. 1119, parte final).

1469. FUNDAMENTO.– En todos los supuestos mencionados funciona el mismo tipo de responsabilidad que alcanza a alguien no por una actividad propia sino por una actividad ajena. El fundamento que explica esa imputación de un acto ajeno para comprometer la responsabilidad de la persona a quien la ley declara responsable es la idea de culpa que con mayor o menor firmeza actúa en todas esas situaciones. Se trata de una culpa en la vigilancia de la persona ajena colocada bajo la autoridad del responsable, o se trata de una culpa en la elección de la persona ajena para efectuar cierto cometido en cuyo desarrollo se produce el daño ajeno. Empero, la idea de culpar no constituye el único motivo que ha tenido la ley para regular del modo como lo ha hecho, a la responsabilidad de que aquí se trata. Secundariamente también gravitan otras ideas como la representación en la acción, garantía con respecto a terceros, etcétera.

1470. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.– La responsabilidad refleja directa o indirecta tiene orígenes muy antiguos. Era bien conocida por las leyes de Manú, por el antiguo derecho griego, por el Derecho Romano, por la antigua legislación española y por el derecho francés anterior a la codificación. El Código Napoleón plasmó en esta materia, principalmente, las ideas de Pothier, refiriéndose a la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad, de los artesanos con respecto a sus aprendices menores, de los empleadores y comitentes por los perjuicios causados por los sirvientes y dependientes suyos.

1471. DISTINCIÓN EN CUANTO A LA PRUEBA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.– Aceptado que el fundamento de la responsabilidad refleja o indirecta por el hecho ajeno reside en una presunción de culpa que la ley consagra con respecto al responsable, es de notar que los distintos casos encuadrados en este tipo de responsabilidad no son tratados con el mismo criterio. En efecto, a algunos responsables la ley les permite que desvirtúen la presunción de culpa que ella predica contra ellos, y consiguientemente acepta que demostrada esa ausencia de culpa queden exentos de responsabilidad. En cambio a otros responsables la ley no les permite la producción de esa prueba, por cuya razón sólo quedan exentos de responsabilidad si ellos demuestran que la causa eficiente del daño es extraña a la actividad de la persona por la cual ellos deben responder.

a) En el primer grupo de personas a quienes se les admite la excusa de responsabilidad probando que ellos, en concreto, son inocentes o no culpables del daño ocurrido se encuentran: 1) los padres; 2) los tutores o curadores; 3) los directores de colegios o maestros artesanos.

b) Contrariamente no son aceptados para eximirse de responsabilidad en base a una simple prueba de su inocencia o ausencia de culpa en la realización del hecho dañoso: 1) los empleadores o principales propiamente dichos; 2) los dueños de hoteles y otros establecimientos semejantes; 3) los capitanes y patronos de embarcaciones, así como los empresarios de transporte terrestre; 4) los amos de casa e inquilinos por las cosas arrojadas o suspendidas sobre la vía pública.

1472. ACCIÓN CONTRA EL AUTOR DEL DAÑO Y CONTRA EL CIVILMENTE RESPONSABLE: RÉGIMEN; RECURSO.– En las hipótesis de responsabilidad refleja hay *un* mismo hecho dañoso que origina *dos* obligaciones concurrentes de indemnizar el daño causado.

a) Los damnificados por personas dependientes o por empleados pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho (art. 1122). Es posible que por la insolvencia del autor del hecho no le interese al damnificado gastar dinero y energías entablando una demanda contra él: la ley lo autoriza a prescindir de esa acción pudiendo demandar exclusivamente al principal.

b) Fuera de lo expuesto es indudable por aplicación del art. 1109 que el damnificado puede optar por demandar al autor del hecho, prescindiendo de la responsabilidad del principal. También puede demandar conjuntamente a uno y a otro, pero como se trata de obligaciones *concurrentes*

(véase *supra,* nº 880), basta que alguno de los deudores pague para que la obligación quede extinguida también para los demás, frente al acreedor común.

c) El que paga el daño causado por sus dependientes o empleados puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia (art. 1123). Esta norma se explica con facilidad. El principal sólo está alcanzado por una responsabilidad indirecta que lo compromete frente al damnificado. Pero a su vez él resulta un damnificado indirecto por el hecho de su dependiente (conf. art. 1079). Luego, es lógico que él pueda recuperar lo que ha tenido que desembolsar para indemnizar al damnificado, poniendo finalmente ese gasto a cargo del responsable directo del daño.

Es claro que no juega esta acción recursoria cuando el autor del hecho no es responsable por las consecuencias del mismo, como ocurre si ha carecido de discernimiento al tiempo de obrar. En esa hipótesis, por ejemplo, cuando el daño ha sido causado por un hijo de 8 años de edad, el responsable indirecto, en este caso el padre, no puede pretender el consiguiente reintegro de parte de su hijo que fue el causante material del daño, pero no el causante moral del mismo.

1473. TIPOS DE DEPENDENCIA.– El principio de responsabilidad refleja se apoya en la *noción genérica* de dependencia. Examinaremos a continuación lo referente a este tipo de responsabilidad, para encarar luego los supuestos de *dependencia calificada* que la ley prevé.

§ 1. Responsabilidad refleja genérica

1474. RESPONSABILIDAD POR LOS DEPENDIENTES.– Dentro de esta especie de responsabilidad refleja están comprendidos los empleadores de cualquier clase que fueren, que responden por los daños que cometieren sus subordinados o dependientes. Esta especie de responsabilidad está comprendida muy claramente en el principio general que sienta el art. 1113 sobre la responsabilidad refleja, y por ello no ha necesitado una regulación especial.

1475. FUNDAMENTO DE ESTA RESPONSABILIDAD.– Cuando se trata de supuestos típicos la cuestión del fundamento no tiene mayor importancia,

porque la solución es clara para el jurista. Pero la importancia del asunto pasa a un primer plano cuando se presenta un caso dudoso, cuya correcta solución requiere que el intérprete esté imbuido del apropiado fundamento justificante de este tipo de responsabilidad.

1476.– Sobre esta cuestión la doctrina ha sostenido variadas posiciones:

a) *Tesis de la culpa in eligendo*: La responsabilidad se fundaría en la mala elección del dependiente. Este criterio, apto para ciertos casos, no sirve de fundamento a la responsabilidad cuando el principal no ha elegido al dependiente, como cuando el propietario de un barco debe utilizar como piloto al que le indican las autoridades portuarias.

b) *Tesis de la culpa in vigilando*: Aquí la responsabilidad se fundaría en la vigilancia defectuosa. Esta teoría tampoco es completa ni cubre todos los casos, pues según se ha observado hay casos en los cuales pese a haber dependencia y facultad de vigilar al dependiente, no hay, sin embargo, responsabilidad, como ocurre en el supuesto del capataz que estando facultado para vigilar a los obreros, no responde de los daños que éstos causen a terceros.

c) *Tesis de la culpa no específica*: *in eligendo o in vigilando.* Es la posición de la doctrina predominante: la responsabilidad del principal se basa ya en la elección, ya en la vigilancia, pudiendo en algunos casos concurrir conjuntamente ambas circunstancias. No interesa verificar la culpa específica en que ha incurrido el principal; si hubiera elegido mejor, o si hubiera vigilado mejor, el daño no se hubiera producido.

d) *Tesis de la representación en la acción:* Para esta concepción, se considera que así como alguien puede resultar obligado por los actos culposos de un representante en el cumplimiento de obligaciones negociales, igualmente debe concluirse en el área extracontractual que el dependiente *representa* al principal en el campo de la responsabilidad delictual o cuasidelictual.

Esta teoría resulta insostenible, no sólo porque la representación no funciona en materia de actos ilícitos, sino porque aquí el dependiente incurre en una culpa personal o propia, mientras que en la representación negocial, el representante puede no resultar él mismo obligado.

162

e) *Teoría del riesgo:* Según sus sostenedores quien utiliza para su conveniencia la actividad de un dependiente, debe responder del riesgo que crea, indemnizando los daños que sufran los terceros por la acción de ese dependiente. Esta teoría no suministra un fundamento válido para la responsabilidad que estudiamos. Si lo fuera, el principal respondería por todos los daños provocados por su dependiente aunque tales daños no fueran imputables a su autor, porque siempre ha creado el riesgo del daño al originar la oportunidad de su producción. Sin embargo, no hay responsabilidad del principal sin previa responsabilidad del dependiente –por eso es una responsabilidad *refleja*–, lo que prueba, decisivamente, que no es el riesgo creado el fundamento de la responsabilidad del principal.

1477.– f) *Nuestra opinión.* Estamos persuadidos de que sólo la idea de la *presunción legal de culpa* del principal es la que explica satisfactoriamente y justifica la responsabilidad que estamos estudiando: quien para ampliar con cualquier finalidad su órbita de acción recurre a la actividad de un extraño que habrá de operar para él, a modo de *longa manu* suya, tiene el deber preciso de elegir a quien sepa desempeñar el cometido, sin riesgo para tercero, y vigilarlo convenientemente con esa finalidad. Cuando el dependiente, en cuanto tal, causa un daño a un extraño, ello hace suponer que el principal eligió un instrumento deficiente o que no lo vigiló como debía hacerlo. No es legítimo ampliar el ámbito de nuestro desenvolvimiento empleando para ello medios deficientes o incontrolados. Por tanto, si de tal instrumentación se sigue el daño ajeno, el comitente merece reproche o censura por la culpa con que, es dable estimar, ha actuado: su culpa ha consistido en no haber sabido evitar que alguien sujeto a sus órdenes y en el despliegue de lo encomendado, obrara el mal ajeno. Es una responsabilidad refleja, por lo hecho por otro, que se explica a través de una culpa propia del responsable.

Con esa comprensión, la responsabilidad del principal armoniza con el sistema general del Código Civil que radica en la culpa de la persona a quien se exige responsabilidad (*supra,* nº 1317). En ese sentido, el art. 1067 es categórico: "... no habrá ilícito punible *para los efectos de este Código* ... sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia". Ahora bien, el principal no es el agente que obra el acto dañoso y sin embargo se lo obliga a responder. Por tanto resulta razonable concluir que si al principal, pese a no ser el sujeto del acto dañoso se lo torna responsable, ha de ser porque la ley ha considerado que él fue culpable, dadas las circunstancias, por no haber evitado el perjuicio.

1478. QUIÉNES SON DEPENDIENTES.– Dependiente es quien ha sido puesto por otro para la ejecución de un cometido bajo las órdenes o instrucciones de la persona por cuya cuenta obra aquél.

En ese concepto se destacan dos elementos: 1) la *designación* o *elección* de la persona para un cierto cometido que se le ha indicado expresa o tácitamente; 2) la *subordinación* en que se encuentra el dependiente respecto de la persona que le da sus instrucciones para la realización del cometido encomendado.

La prueba de la relación de dependencia le incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del principal.

1479. DEPENDENCIA OCASIONAL.– No es necesario que la relación de dependencia derive de un contrato que vincule al principal con su subordinado. En ciertas situaciones de hecho alguien se encuentra colocado bajo la dependencia *ocasional* de otro sin haber celebrado un contrato de trabajo que le imponga tal subordinación. Así, se ha conceptuado por la jurisprudencia, en calidad de presunción *hominis*, que quien conduce un automóvil ajeno es dependiente ocasional del propietario, mientras no se compruebe cuál es el título que tiene el tenedor del vehículo para servirse de él. Se trata de una presunción *juris tantum* que se sustenta en la inferencia lógica que hace pensar que, a falta de un título jurídico propio, la utilización de la cosa se ha hecho en función de las facultades del propietario, y por tanto, quien ha puesto en ejercicio esas facultades no ha podido hacerlo sino con la autorización del dueño y como dependiente suyo en orden a la utilización de la cosa.

1480. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD.– Para que juegue la responsabilidad del principal deben reunirse los siguientes requisitos:

a) Que el hecho dañoso sea efectuado por una *persona dependiente.* En caso contrario no podrá hacerse funcionar la responsabilidad de alguien que resultaría extraño al hecho dañoso.

b) Que el acto del subordinado sea un acto *ilícito* apto para comprometer la responsabilidad del agente.

c) Que el acto del dependiente haya sido obrado dentro del *marco de incumbencia* que le corresponde. No importa que haya obrado bien o mal, sino que haya obrado en el desempeño de las funciones encomendadas, pues fuera de ese límite cesa toda posibilidad de parte del empleador de

dirigir la conducta del empleado. No basta para comprometer al principal que el hecho se haya realizado "con ocasión de la función encomendada si no es posible ubicar al acto dentro de la incumbencia del subordinado. El principal no responde por los actos extraños a la función con respecto a los cuales ésta no aparece sino como una ocasión puramente accidental" (Orgaz).

El principal queda comprometido por los daños causados por el subordinado con motivo del desempeño encomendado, pues entonces hay relación de medio a fin entre la función conferida por el principal y el daño causado por el dependiente.

d) Que el hecho dañoso sea *imputable* al dependiente. Si el daño no proviniera de la culpa del dependiente sería el resultado de una causa extraña por la cual no se justificaría que tuviese que responder el principal.

e) Que el damnificado justifique el *daño* sufrido, lo cual es un requisito de cualquier especie de responsabilidad.

f) Que exista *relación de causalidad* entre el hecho del dependiente y el daño causado al damnificado. Nuevamente es un requisito común a cualquier tipo de responsabilidad.

1481. NOCIÓN DE EJERCICIO, MOTIVO Y OCASIÓN DE LA FUNCIÓN.– Según lo explicado en el número precedente, hay tres situaciones posibles que conviene esclarecer para verificar si hay o no responsabilidad del principal, en cada una de ellas.

a) Por lo pronto, hay *ejercicio de la función* encomendada, cuando el dependiente obra el acto dañoso, practicando el encargo recibido, por ejemplo, si su tarea consiste en la conducción de un ómnibus de transporte de pasajeros entre La Plata y Buenos Aires, y le provoca una lesión a un transeúnte, en ese itinerario, a causa de una maniobra desacertada, de la cual se lo estima culpable: no hay duda de que responde el principal del autor del daño. La solución no presenta dificultad alguna, ni ha suscitado discrepancias.

b) En segundo lugar hay acto ilícito cometido por el dependiente, *con motivo de la función,* cuando hay relación *de medio a fin* entre la función y el daño, es decir, si el desempeño del cometido es lo que ha constituido el antecedente necesario o condición del perjuicio, de tal manera que si no hubiese habido ese preciso encargo subordinado no habría habido tampoco daño: es el caso de un agente de policía que mata de un balazo a un individuo a quien perseguía y había dado orden de detención. En tal caso no hay propiamente ejercicio de la función, porque ésta no comprende la comisión de delitos penales; pero si la incumbencia del subordinado –en el caso proceder a la detención de una persona– es la causa o razón del daño que sobrevino, la función se identifica con el *motivo* de ese resultado dañoso, siendo el principal entonces, responsable del perjuicio motivado por la función que él delegó en su subordinado.

c) Finalmente, hay acto ilícito realizado *con ocasión de la función* del dependiente, cuando dicha función ha dado *oportunidad* para la ocurrencia del acto dañoso, pero como el perjuicio no está motivado por el desempeño de la incumbencia de aquél, el *principal no responde.* Adviértase que en esa hipótesis, no juega la razón de ser de la responsabilidad del principal que es la posibilidad de rectificar la conducta del subordinado: éste tiene el carácter de tal en el marco de la incumbencia, y con relación a la actividad practicada en el desempeño de la misma. Cualquier resultado de la aplicación de la función de dependiente, compromete al comitente. Pero si lo ocurrido no es el resultado de la función, que no ha sido aplicada por el agente para la producción del perjuicio, el acto aunque efectuado en oportunidad de la incumbencia, por ausencia de relación de medio a fin, es *ajeno* a la dependencia subordinada que contemporáneamente cumplía el autor del daño. Por ello, él ha de responder, y no su principal, no pudiéndose asegurar que sin el encargo conferido no hubiera ocurrido igualmente un perjuicio, para cuya ejecución la función no ha constituido un medio de producción sino una simple *circunstancia ocasional.* Por ejemplo, si en el trayecto hacia el lugar de trabajo, el empleado que conduce su propio automóvil lesiona a un transeúnte.

d) Un elemento importante para delimitar el campo de aplicación de la responsabilidad del principal es la *conciencia* que tenga o deba tener el damnificado de que el agente ha obrado el acto dañoso *al margen* de la función encomendada por el principal: en tal caso no hay responsabilidad de éste último, aunque el daño haya sido causado empleando instrumentos que le han sido confiados al dependiente sólo por el carácter de tal. Por ejemplo, si el chofer de un camión lo saca del garage de su empleador para hacer un paseo con sus amigos: el daño que éstos puedan sufrir durante el viaje, no compromete al principal.

1482.– Por esa diferencia conceptual entre *ejercicio y ocasión* de la función merece ser desaprobada la ley 17.711 que en la nueva redacción dada al art. 43 relativo a la responsabilidad de la persona jurídica, asimila esos conceptos tan diferentes entre sí. Esa asimilación no tiene fundamento porque no se justifica que alguien deba responder por la actividad independiente de otra persona: y no puede dudarse de que es independiente de la función, e incontrolable por el principal, cualquier daño que pueda causar el dependiente o subordinado aprovechando la oportunidad de su cometido aunque éste no aparezca como el motivo del daño.

1483. CASUÍSTICA.– Es posible ilustrar el criterio que hemos aceptado con *algunos ejemplos* de la rica casuística doctrinaria y jurisprudencial que muestran la procedencia o improcedencia de la responsabilidad del principal. Cuadra aceptar ésta por mediar daño obrado *con motivo* de la función: cuando un chofer lesiona, culpablemente, a la persona que transporta por orden de su patrón; si un doméstico roba en un departamento requisado por su patrón; cuando el empleado de correos abre las cartas que debe llevar a destino; si un chofer se sirve por su cuenta del automóvil de su empleador, aunque haya confiado el volante a un amigo; si el peón de campo que está fumando arroja un fósforo que prende fuego a la paja; cuando un empleado distribuidor de garrafas de gas provoca un incendio al prender un fósforo para investigar si había pérdida del fluído; si el encargado de un campo presiona a un aparcero con la denuncia de un delito improbado y logra la desocupación del campo; cuando un inspector dependiente de un concesionario del servicio de restaurante y bar del hipódromo de Palermo lesiona a un mozo dependiente del Jockey Club; si el inspector de la línea de colectivos, que lleva un arma para protegerse de los huelguistas, la deja caer y mata a un tercero; cuando el empleado causa un daño a tercero empleando instrumentos propios de su función y en el lugar y tiempo del trabajo.

No hay responsabilidad del comitente, por tratarse de daños obrados *con ocasión* de la incumbencia: cuando el conductor de una camioneta, encargado del transporte de diarios, detiene el vehículo al borde de la ruta y con una escopeta mata a un faisán que ve en el campo vecino; si un mozo de un café provoca un incendio al arrojar un petardo cuando volvía de hacer una diligencia; igualmente si el incendio es ocasionado por un peón de campo que deja caer su encendedor en el curso de una recorrida; cuando un chofer se pelea con un ciclista aunque la discusión se haya originado en la manera como el chofer había girado casi encima del ciclista; si el chofer

comete un delito de ultraje al pudor en el automóvil de su empleador; cuando una jefa enfermera malversa las sumas que le habían confiado las otras enfermeras para un cierto destino; si un empleado de banco lesiona a un cajero, intentando un robo, fuera del horario de trabajo; cuando el doméstico de un granjero causa un incendio intencional, o causa un daño con un fusil que el granjero había guardado cuidadosamente fuera del alcance de aquél; si un empleado se apodera del automóvil de su empleador que éste había dejado estacionado un día domingo en la calle; cuando un empleado ferroviario hace contrabando durante los viajes que realiza; si los obreros que trabajan en el techado de una casa, roban zinc de una casa vecina; cuando riñen los empleados entre sí empujándose para divertirse; si una empleada de escribanía recibe por su cuenta dineros de clientes de su principal, para colocar a alto interés, y los defrauda; cuando un obrero se apodera fuera del horario de trabajo de un arma de su principal que éste tenía descargada en la cabina de un camión que guardaba en la fábrica en la que aquél trabajaba; si un empleado cuya función no es la de conducir el vehículo de su comitente, se apodera del rodado un día laborable para ir a invitar a un amigo para ver un partido de fútbol.

¿Qué decir del piloto aéreo que en lugar de poner a punto el avión y presentarlo al público en una exhibición, se sirve de él para efectuar bautismos de aire; o del encargado de la vigilancia de un campo de aterrizaje que queriendo amedrentar a un peatón lanza una picada sobre él y lo mata? No dudamos que se trata de hechos obrados con *motivo* de la función, que comprometen al comitente, pues el dependiente desvió el instrumento que le había confiado aquél para cierto objetivo, aplicándolo a una finalidad distinta, es decir practicó un abuso o mal ejercicio de la función. Empero, como no es dudoso que la función conferida, aunque mal aplicada, ha constituido el medio de realización del daño, el principal responde.

§ 2. Responsabilidad por dependencias calificadas

1484. INTRODUCCIÓN.– Luego de haber examinado el régimen de la *dependencia genérica,* trataremos ahora de la *dependencia calificada,* es decir de distintas situaciones particulares que tienen en el sistema del Código un régimen propio.

1485. FUNDAMENTO: QUIÉNES RESPONDEN.– En todas las hipótesis que habremos de considerar seguidamente, el fundamento de la responsabili-

dad reside en la culpa de quien ha descuidado la actuación de una persona incapaz que le estaba confiada. Es el caso de los *padres* que con el daño producido por el hijo demuestran no haber sabido educarlo o no haberlo vigilado convenientemente. En igual situación se encuentran los *tutores y curadores* con respecto a los pupilos o incapaces confiados a su cuidado, y también los *directores de colegios y maestros artesanos* con respecto a los alumnos o aprendices que están colocados bajo su enseñanza y aprendizaje.

1486. a) RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.– La responsabilidad de los padres por los daños que causan sus hijos menores, tal como la acepta el derecho moderno no fue conocida por el Derecho Romano ni por la antigua legislación española. El esquema actual reconoce como antecedente más lejano a la costumbre de Gran Bretaña que pese a no aplicarse en la generalidad del territorio francés ejerció decisiva influencia sobre los redactores del Código Napoleón y a través de este cuerpo legal sobre toda la codificación posterior.

De esa manera vió perfilarse un supuesto particular de *responsabilidad refleja.* Se ha pensado que la patria potestad impone al progenitor que la ejerce, deberes no sólo con respecto a sus hijos sino frente a terceros: él debe dar a los hijos una buena educación y debe vigilarlos celosamente para impedirle que perjudiquen a terceros, que es en definitiva otra manera de velar por los propios hijos. Cuando éstos causan un daño, es dable pensar que sus padres no han cumplido cabalmente los deberes que la condición de tales les imponía, es decir, que ellos han incurrido en culpa. De ahí que se derogue, aparentemente, el principio señero según el cual nadie responde por los hechos culpables ajenos (*supra,* nº 1406). Es que, en verdad, acá se enfrentan hechos ajenos (de los hijos) que involucran una culpa personal del padre. Por tanto, se justifica su responsabilidad.

1487. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.– El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales (art. 1114). Esta responsabilidad se basa en la culpa del padre por no haber sabido educar al hijo o por no haberlo vigilado convenientemente. Empero la ley sólo le atribuye al padre una presunción de culpa que él puede destruir si probare que le ha sido imposible impedir el daño (conf. art. 1116, 1ª parte). Sin embargo no será una circunstancia eximente de la responsabilidad paterna el haber sucedido el

hecho fuera de su presencia si resultase que los padres no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos (conf. art. 1116, 2ª parte).

1488. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES: ANÁLISIS.– Para que resulte comprometida la responsabilidad de los padres se requiere la conjunción de los siguientes requisitos.

a) En primer lugar que el hecho dañoso haya sido obrado por un *hijo menor de edad,* sea el menor impúber o adulto, y sea hijo legítimo o extramatrimonial. Como la razón de la responsabilidad está en la patria potestad y en el mal ejercicio que de ella ha hecho el padre no corresponde discriminar con respecto al damnificado, según la edad del hijo o el carácter de la filiación.

No comprometen la responsabilidad paterna los hijos que fueren emancipados por el matrimonio o los habilitados de edad, todos los cuales han dejado de ser incapaces, cesando la patria potestad. En cuanto a los hijos habilitados para el ejercicio del comercio cuadra distinguir los actos ilícitos que realizaren en el desempeño de esa actividad, los que no comprometen al padre, y los demás actos ilícitos ajenos a la actividad comercial con respecto a los cuales se encuentran en la misma situación que los menores de edad no habilitados para el ejercicio del comercio.

b) La segunda condición para que funcione la responsabilidad paterna radica en la *habitación común* del padre y del hijo. Si el hijo vive fuera de la morada del padre cesa en principio la responsabilidad de éste por los ilícitos de aquél. Empero si el damnificado demuestra que el alejamiento del hijo no está justificado, por ejemplo si ha sido abandonado por el padre, entonces la responsabilidad de éste último subsiste.

c) Finalmente el hecho dañoso tiene que ser un *acto ilícito e imputable* al hijo dotado de discernimiento. En cambio este requisito es innecesario si el hecho dañoso ha sido cometido por un niño menor de 10 años.

1489. CARÁCTER Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE CULPA DE LOS PADRES.– Según se ha visto el art. 1116 autoriza a los padres que se eximan de responsabilidad justificando que ellos no fueron culpables del hecho dañoso obrado por el hijo. La ley sólo establece contra los padres una presunción *juris tantum* de culpa que ellos pueden desvirtuar.

Empero no se admite la demostración de esa ausencia de culpa cuando el hecho dañoso ha sido obrado por un niño menor de 10 años. Así re-

169

sulta del art. 273 que no prevé la excusa de responsabilidad para esa hipótesis particular. Por otra parte se justifica que en esta hipótesis la presunción legal de culpa sea *juris et de jure* por cuanto es dable pensar que la culpa del padre ha consistido en permitir, que un hijo irresponsable cometiera el daño a otro. De ahí que sólo probando el padre que la causa del daño no se identifica con la actividad de ese hijo irresponsable pueda quedar exceptuado de responsabilidad, por ejemplo probando el caso fortuito extraño al hijo o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el cual él no debiera responder, en la producción del daño.

1490. QUID DE LA ACCIÓN RECURSORIA.– Aunque no existe en materia de responsabilidad paterna una disposición como la del art. 1123 que encara la situación del principal comprometido por los daños causados por sus dependientes o domésticos, se ha considerado por la doctrina, en general, que aquel precepto rige igualmente para los padres. En consecuencia se entiende que cuando el padre solventa la reparación del daño que ha causado su hijo, puede volverse contra éste para obtener el reintegro de su desembolso

Esta conclusión, a nuestro juicio, sólo puede ser aceptada con señalados reparos.

a) Por lo pronto, no cabe repetición alguna cuando el autor del daño es un menor de 10 años o que ha actuado sin discernimiento, en cuyo caso el *único* responsable es el padre. No hay acerca de esta solución duda alguna, siendo la opinión de la doctrina unánime.

b) Cuando el daño es la obra de un hijo dotado de discernimiento –más de 10 años de edad (conf. art. 921, cláusula 1ª)– pareciera ser incuestionable la responsabilidad del propio agente, puesto que es un requisito de la responsabilidad paterna que el hecho dañoso constituya un *acto ilícito* de parte del menor (*supra,* nº 1488): consiguientemente, en principio, es viable la acción de reembolso del padre contra el hijo, puesto que es éste, quien ha de soportar en definitiva las consecuencias perjudiciales de su culpa. Empero, la cuestión no es tan sencilla, porque hay motivo suficiente para pensar que no es ajena la propia culpa del padre a la producción del daño por el cual el tercero damnificado obtuvo indemnización. En efecto, antes de consentir su responsabilidad como padre, ante el damnificado, pudo aquél acreditar su ausencia de culpa y por ello excluir su propia responsabilidad en aquél carácter. Si no lo hizo, sea por no haberlo intentado, o por haber fracasado en su intento, parece quedar admitida la intervención de la culpa del padre en la causación del daño, lo que obstaría a la pretensión de concretar el reembolso total de la indemnización de un daño a cuya realización también él habría contribuido.

Las reflexiones precedentes muestran que, de ordinario, tanto el padre como el hijo aparecen como culpables del daño; el menor por haber efectuado el acto dañoso en condiciones de incurrir en responsabilidad por el hecho propio; el padre, por haber incurrido en una falla de educación o en una falla de vigilancia que incidió en el daño ajeno. Con respecto al damnificado, esas culpas son suficientes, indistintamente, para darle derecho a la obtención del resarcimiento total del daño, contra uno u otro de los responsables. Pero luego de ser desinteresado aquél, queda en pie una *responsabilidad compartida* que puede ser alegada por cualquiera de los deudores, a fin de que el *monto de la indemnización* sea cubierto, en definitiva, por ambos, *en la medida* en que cada cual contribuyó a causar el daño.

En suma, luego de haber indemnizado al damnificado, tiene el padre *acción de reintegro* contra el hijo por el *desembolso* efectuado con *deducción de la parte proporcional* que corresponda a la incidencia de su propia culpa en la causación del daño. Y si no hubiere motivo para discriminar en cuanto a la influencia causal de una y otra culpa, ni en cuanto a su gravedad, la distribución del daño se hará entre los responsables por *partes iguales* por aplicación del *principio de causalidad paritaria* (*supra,* nº 1400).

1491. CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATERNA.– La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (art. 1115). En tal caso la guarda que el padre debe efectuar con respecto al hijo ha quedado transferida a la persona que ejerce autoridad sobre él.

1491 bis. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 23.264 A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES.– La ley 23.264 modificó el régimen de la patria potestad atribuyendo su ejercicio conjuntamente al padre y a la madre (nuevo art. 264) y estableció de una manera más precisa los alcances de la responsabilidad, derogando el art. 273 y sustituyendo el art. 1114 por el siguiente: "El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de

que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor".

La responsabilidad solidaria de ambos padres es consecuencia del ejercicio conjunto de la patria potestad, cuando ellos convivan. En lo demás, el sistema explicado en los números anteriores aún subsiste. La distinción que hace el nuevo art. 1114 respecto de los hijos menores de diez años y de más de esta edad, reafirma el criterio de que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores de diez años por ser personal y única, es de carácter inexcusable. No parece haber compatibilidad entre una ausencia de culpa del padre y un daño causado por una criatura que actúa inconscientemente y que se encuentra bajo el poder y autoridad de aquél (se rectifica lo explicado sobre el punto en anteriores ediciones).

1492. b) RESPONSABILIDAD DE TUTORES Y CURADORES.– Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores por los hechos de las personas que están a su cargo (art. 1114, 2ª parte, texto según ley 24.830). Esto significa que el régimen antes estudiado referente a los padres de hijos menores de edad se extiende en las mismas condiciones a los tutores y curadores que quedan comprometidos por los hechos efectuados por sus pupilos o curados.

Es de advertir que el régimen especial del art. 1114 no se aplica a los curadores a los bienes de personas ausentes ni a los curadores de personas que han sido inhabilitadas por prodigalidad o que por embriaguez habitual o uso de estupefacientes o disminución de sus facultades mentales están expuestos a otorgar actos perjudiciales a su persona o patrimonio (conf. art. 152 bis). En tales casos esas personas siguen siendo capaces y dotadas de discernimiento, no correspondiendo al curador la vigilancia o cuidado de la persona que es lo que podría comprometer su responsabilidad, sino la asistencia de ella en la realización de los actos jurídicos susceptibles de producirle algún perjuicio.

1493. c) RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS.– La ley 24.830, modificó el art. 1117 del Código Civil, sustituyendo la reglamentación de la responsabilidad de los directores de colegio y maestros, por la de los propietarios de los establecimientos educativos, en los siguientes términos: "Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el

control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente. La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario".

Como puede advertirse de su lectura, el nuevo texto comprende también a los *daños sufridos* por los alumnos, lo que no estaba previsto en la versión original.

Comenzando con el régimen de los *daños causados* por los alumnos, señalamos que la responsabilidad que ahora pesa sobre los propietarios de los establecimientos educacionales privados o estatales, excluidos los universitarios o terciarios, sigue teniendo fundamento subjetivo, basado en culpas ajenas y propias.

Se trata de una responsabilidad refleja de segundo grado, por cuanto es atribuida en razón de dos comportamientos: 1) el del alumno causante del daño; 2) el de los directores y demás dependientes encargados de la educación y vigilancia de aquél.

El daño causado tiene que ser originado por un acto ilícito imputable al alumno de diez a veintiún años de edad (arts. 126 y 921), o proveniente del actuar de un menor de diez años, que si bien es inimputable, ha sido puesto al cuidado del propietario del establecimiento educacional.

La culpa del alumno de diez años, y la relación de causalidad en lo que hace al menor de diez años, deben ser probadas por la víctima que reclama la indemnización.

En cambio, la ley presume *juris et de jure* la culpa *in vigilando* de la autoridad educativa, a los efectos de la acción resarcitoria dirigida contra el propietario del establecimiento educacional. Ello es así, porque la única posibilidad de exonerarse de esta responsabilidad es probando el caso fortuito. También está implícita la culpa presumida, de igual carácter, de los propietarios de los centros educacionales, en lo que se refiere a la vigilancia de la actuación de las autoridades educativas, como dependientes suyos.

Si bien la responsabilidad es inexcusable frente a la víctima, los dueños conservan el derecho de repetir la indemnización contra los directores y maestros, probando que ellos han incumplido culposamente sus obligaciones contractuales de vigilancia.

165

También tienen acción recursoria contra los menores de más de diez años y sus padres, y contra los padres de los menores de esa edad (arts. 273 y 1114).

Esta responsabilidad de los propietarios de los establecimientos educacionales no borra la culpa propia de los directores y maestros (art. 1109), pudiendo accionarse contra ellos acreditándola. Tampoco impide el ejercicio por parte de la víctima de las acciones resultantes del art. 1114.

Demás está decir que la responsabilidad de los dueños de los establecimientos educacionales, sólo funciona mientras el alumno se halle bajo el control de las autoridades educativas.

El nuevo texto del art. 1117, incluye ahora el régimen de la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educacionales por los *daños sufridos por los alumnos* menores de edad, que antes escapaba de la preceptiva del artículo en cuestión y estaba sometida a las reglas generales de los arts. 1109 y 1111, debiendo la víctima probar la culpa de los directores o maestros.

Actualmente, se presume la culpa con el solo eximente del caso fortuito. Es una obligación de seguridad impuesta por la ley a los propietarios de los establecimientos educacionales que han recibido a los alumnos menores para su cuidado. Como se advierte, se está en presencia de una obligación de resultado (ver *supra*, nº 144).

La ley impone a los establecimientos educacionales la contratación de un seguro de responsabilidad civil, sin establecer los límites de la cobertura, lo que quedará sujeto a la reglamentación pertinente.

Obviamente, este seguro no desplaza la responsabilidad directa de los establecimientos educacionales, procediendo la citación en garantía del art. 118 de la ley 17.418.

1494. d) GUARDADORES.– El Código contempla sólo implícitamente a los guardadores de un niño cuando admite que la responsabilidad de los padres pueda cesar cuando el hijo se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (conf. art. 1115). Esta previsión legal hace surgir la responsabilidad presunta en términos similares a la de los padres, con respecto a la persona a quien los progenitores han confiado de una manera permanente el cuidado del hijo, pues no sería comprensible que habiendo cesado la responsabilidad de los padres no naciera la de la persona a quien ellos habían delegado el cuidado del menor.

En cambio el guardador de hecho no es presuntamente responsable por los actos del incapaz que él de hecho controla, aunque es admisible

que se lo pueda hacer responder por los daños que causa a extraños el menor, cuando se prueba la culpa del guardador. En tal hipótesis no se trata de una responsabilidad sobre la base de una presunción de culpa, sino de una responsabilidad acreditada por una prueba efectiva de culpa.

1495. e) RESPONSABILIDAD DE HOTELEROS Y DUEÑOS DE ESTABLECIMIENTOS SIMILARES. CRÍTICA METODOLÓGICA.– Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellos, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño (art. 1118). La presente responsabilidad está mal ubicada dentro de los hechos ilícitos porque se trata de la que le cuadra a los hoteleros o dueños de establecimientos similares por el incumplimiento del contrato de depósito que ellos han efectuado con quienes se alojan en las habitaciones que integran el hotel o la posada. No ha de extrañar entonces que los responsables no puedan eludir su responsabilidad intentando la prueba de no ser ellos culpables del daño sufrido por los viajeros o pensionistas: como en cualquier hipótesis de responsabilidad contractual el deudor no puede eximirse del pago de las indemnizaciones correspondientes, en base a la simple prueba de no ser él el culpable, y debe llegar hasta la demostración del caso fortuito o fuerza mayor que le ha impuesto el incumplimiento en que ha caído. Por lo demás, para que juegue la responsabilidad de los hoteleros y posaderos se requiere la conjunción de dos condiciones 1) que el damnificado se aloje en el hotel o pensión de que se trate, no bastando encontrarse accidentalmente, de visita, para comer en un restaurante, etcétera, porque esas condiciones exceden el marco del contrato de depósito; 2) que los perjuicios sufridos por el damnificado incidan en los efectos introducidos en el hotel o pensión, ya que el contrato de hospedaje se refiere a ellos.

Los hoteleros y posaderos se entiende que han celebrado un contrato de depósito necesario (conf. art. 1120). Por tanto, por aplicación de las normas de ese contrato, ellos no responden, cuando el daño ocurre en cosas de gran valor que no se acostumbra a llevar en los viajes y que no han sido denunciados al ingresar al hotel (conf. art. 2235); y cuando los daños se hubieran perpetrado por los miembros de la familia o visitantes de los viajeros (art. 2230, *in fine*). Por otra parte por aplicación de los principios generales que reiteran innecesariamente los arts. 2236 y 2237 tampoco juega la responsabilidad del hotelero cuando el daño proviene de culpa del viajero, o de fuerza mayor.

Puede ocurrir que el hotel o la posada pertenezca a dos o más dueños. En tal caso "no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño sino que cada uno de ellos responderá en proporción a la parte que tuviere, a no ser que se probare que el hecho fue ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso el culpado responderá del daño" (art. 1121).

1496. f) RESPONSABILIDAD DE CAPITANES DE BUQUES, PATRONES DE EMBARCACIONES Y AGENTES DE TRANSPORTES TERRESTRES.– El régimen antes explicado "es aplicable a los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían" y "a lo agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar" (art. 1119, 1ª y 2ª parte).

Esta disposición está igualmente de más en el título de los hechos ilícitos, porque regula el incumplimiento del contrato de transporte marítimo o del transporte terrestre por quien se ha obligado a efectuar el servicio. Fuera de ello, juegan los mismos principios antes explicados.

1497. g) RESPONSABILIDAD POR COSAS ARROJADAS A LA VÍA PÚBLICA O SUSPENDIDAS Y EXPUESTAS A CAER EN ELLAS.– Los padres de familia e inquilinos de la casa responden en cuanto el daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle o suspendidas y expuestas de un modo peligroso a caer en ellas (art. 1119, 3ª parte).

Esta responsabilidad alcanza al amo de casa o cabeza de familia y se basa en el culpable ejercicio de su autoridad sobre las personas que residen en su casa. Cuando la casa es de inquilinato la misma responsabilidad alcanza a los inquilinos de las distintas habitaciones.

No hay responsabilidad cuando las cosas son arrojadas a terreno propio como parte de la casa, etcétera. Si la casa fuese de varios cabezas de familia, el daño se distribuiría entre todos, pero no solidariamente. Si pudiere establecerse de dónde se arrojó la cosa que causó el daño sólo sería responsable el cabeza de familia que tuviera la posesión de ese lugar (conf. art. 1119, *in fine*).

III. RESPONSABILIDAD POR LOS HECHOS PROVENIENTES DE LAS COSAS

1498. DISTINCIÓN ENTRE EL HECHO DEL HOMBRE Y EL HECHO DE LA COSA.– Una de las claves esenciales para comprender plenamente la cuestión de la responsabilidad civil es la distinción entre "hecho del hombre", por un lado, y "hecho de la cosa" por otro. Hay *hecho del hombre* comprendido en el art. 1109 toda vez que alguien provoca un daño mediante el acto que ha obrado, sea realizado por su propia mano, o sea consumado por medio de una cosa que él utiliza y que responde obedientemente a la finalidad que ha tenido el agente al emplearla. Así como alguien dispara un revólver y mata o hiere a otro, o gira rápidamente el automóvil y lesiona a un transeúnte, comete un hecho personal, pese a que el daño resulta del impacto de la bala o del vehículo.

En otra situación distinta se encuentra el daño que proviene de la acción directa de la cosa en combinación con las fuerzas de la naturaleza, pero excluyendo toda participación activa e inmediata del hombre (Salas): he aquí un *hecho de la cosa* que plantea la necesidad jurídica de identificar la persona que ha estado en relación de utilización o *guarda*, o de *dominio* sobre tal cosa, para exigirle responsabilidad por los daños causados que la ley imputa a la *culpa* del dueño o guardián de la cosa dañosa, por haberla mantenido en ese *ser* potencialmente dañoso del que ha derivado el perjuicio ajeno.

En el sistema del Código de Vélez no había manera de confundir esos dos sectores bien definidos que la ley regula diferentemente. Cuando se trataba de un "hecho del hombre" que quedaba comprendido en el art. 1109 del Código Civil, el damnificado por ese hecho tenía que probar la culpa del agente para pretender el resarcimiento del perjuicio sufrido. En cambio cuando el damnificado lo había sido por un "hecho de la cosa" estaba dispensado de producir la prueba relativa a la culpa del responsable, ya que la ley presumía esa culpa en el propietario de la cosa o en el guardián de la cosa, y en base a esa culpa presunta les exigía a uno u otro la respectiva responsabilidad.

Dentro de la responsabilidad por los hechos provenientes de las cosas estudiaremos separadamente los daños causados por las cosas *inanimadas* y por *animales*, conforme a la discriminación realizada por el Código Civil. También examinaremos las modificaciones introducidas por la ley 17.711 en el régimen de los daños primeramente mencionados.

166

1499. a) RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL CON RESPECTO AL DUEÑO, AL GUARDIÁN Y AL DEPENDIENTE EN RAZÓN DEL DAÑO CAUSADO "CON" O "POR" LA COSA.– Como una especie, dentro de la responsabilidad personal, el Código de Vélez Sarsfield contemplaba los daños provenientes del hecho de las cosas en los arts. 1113 y 1133. El primero de esos preceptos determinaba la responsabilidad de alguien "por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado". En cuanto al art. 1133 establecía que si "de cualquier cosa inanimada resultare daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización". Quedaba así estructurada la responsabilidad del *guardián* y la del *propietario* que contemplaban respectivamente los arts. 1113 y 1133 del Código de Vélez por los daños resultantes de las cosas inanimadas. Esta formulación de la responsabilidad específica por el hecho de las cosas conducía a la distinción expuesta en el número anterior: había daños causados "por" las cosas que eran los que se han denominado *hechos de las cosas;* y había daños causados "con" las cosas. En este último caso la figura del propietario o del guardián no llenaba papel alguno porque la responsabilidad, por tratarse de un *hecho del hombre,* afectaba exclusivamente a la persona que había practicado el daño con la cosa, utilizándola a ésta como un instrumento pasivo de su actividad. Y todavía resultaba inconcebible hablar en tal situación de *guardián* de la cosa por cuanto no se trataba de una cosa que requiriese guarda. En cambio aparecía cobrando importancia la figura del *principal,* que como hemos visto *supra* número 1468 y siguientes, resulta comprometido por los actos culpables de su dependiente, obrados en el marco de la incumbencia encomendada.

1500. QUIÉN ES GUARDIÁN: GUARDA MATERIAL Y GUARDA JURÍDICA.– Lo expuesto en el número anterior plantea la necesidad de definir al *guardián* de la cosa. Según la opinión que es dable denominar clásica y que mantiene toda su gallardía a través de los autores más acreditados, guardián es quien ejerce por su propia cuenta el uso, la dirección y el control de la cosa. Y decimos "por su propia cuenta" porque si quien emplea la cosa lo hace como subordinado de otro, el guardián es el principal y no el dependiente.

Otros autores hablan de guarda jurídica y entonces consideran que es guardián quien legítimamente tiene el poder de dirección o de fiscalización de una cosa. Pero este concepto no es apropiado porque viene a eximir al ladrón de la responsabilidad por los daños provocados "por" la cosa robada, ya que él no tiene un derecho sobre dicha cosa.

Para otros autores guardián es quien obtiene el aprovechamiento económico de la cosa y todavía para otros más, en concepto de guardián estaría integrado por la noción de aprovechamiento complementada con la referente al poder jurídico de dirección y contralor. Nosotros entendemos que es guardián de la cosa quien de hecho y por su cuenta tiene el manejo y empleo de dicha cosa.

1501. REQUISITOS DE LA GUARDA.– Como surge del concepto de guardián que hemos expuesto en el número precedente, los requisitos que deben concurrir para que se configure la *guarda de la cosa,* a los fines de la responsabilidad por el hecho de la cosa, son los siguientes:

a) *Tenencia material de la cosa:* Es un hecho necesario, aunque no agota la noción de guarda. No hay posible obligación de guarda o vigilancia de una cosa que no se tiene, sea por sí o por otro.

b) *Poder fáctico de vigilancia, de gobierno y de control que se ejerce sobre la cosa.* Es un poder de hecho que se hace efectivo sobre una cosa con prescindencia del título o derecho que se tenga, o deje de tener, para ejercerlo. El ladrón que carece de todo derecho para detentar la cosa tiene ese poder: luego él es guardián.

c) *Ejercicio autónomo e independiente del poder:* La noción de guarda de la cosa está ligada al ejercicio del poder aludido, con autonomía e independencia respecto de cualquier otra persona. Cuando quien tiene la cosa bajo su poder la emplea según las instrucciones u órdenes de otro, él no es guardián, carácter que le cuadra a quién da esas instrucciones, las que revelan que la tenencia material de la cosa se hace en interés de éste último.

1502. APLICACIONES DEL CONCEPTO DE GUARDIÁN.– Ya en posesión del concepto de guardián (*supra,* nº 1500) y de los requisitos que hacen al mismo (*supra,* nº 1501) es dable verificar las aplicaciones a las distintas situaciones, a que ha dado lugar.

a) *Propietario:* Es un guardián presunto, o en otros términos, ha de suponerse –presunción *juris tantum*– que es guardián de la cosa su *propietario.* Pues si él, tiene "el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla ..." (art. 2513) se ha de concluir que quien se ha servido, de hecho, de la cosa en un caso dado, o la ha tenido a su cuidado, ha sido el propietario. Si éste quiere desvirtuar esa creencia, que lo ubica

como *guardián* y consiguiente responsable del daño causado por el hecho de la cosa, en ese carácter, está precisado a producir la prueba pertinente.

b) *Usufructuario y nudo propietario:* Cuando el dominio de la cosa se encuentra desmembrado por la constitución de un *usufructo, uso o habitación,* el nudo-propietario no es guardián siéndolo el *usufructuario* o el *titular* del derecho real de *uso* o *habitación,* con el mismo carácter presuntivo que le cuadra al propietario. Es una conclusión indudable ya que él es quien tiene el poder de influir sobre la cosa, sirviéndose de ella y teniéndola a su cuidado; en cambio el nudo-propietario carece de esa posibilidad actual (conf. arts. 2912 y sigs.).

c) *Poseedor:* Sea la cosa mueble o inmueble su poseedor *ánimo domini* es el guardián, pues, quien tiene la cosa, por sí o por otro, "bajo su poder, con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" (art. 2351), es quien ejerce un poder efectivo e independiente de gobierno, dirección y control de la cosa. Es una comprensión que no ha suscitado dificultades.

d) *Locatario:* Aunque el locatario de la cosa mueble o inmueble no es poseedor sino *tenedor* de dicha cosa, es indudable que es *guardián,* a los fines del art. 1113, pues él tiene el gobierno, dirección y control de la cosa, luego de haber entrado en su ocupación.

e) *Comodatario:* Como en el caso anterior el comodatario es un *tenedor* de la cosa que se sirve de ella, sujetándola al gobierno y dirección que su voluntad le imprime: es, pues guardián.

f) *Depositario:* El *depositario* que ha asumido el cuidado de la cosa, es evidentemente, su guardián; por ejemplo, el dueño del *garage a quien se confía la custodia de un automóvil,* o el dueño del *taller mecánico* donde se ha dejado el vehículo para su compostura.

g) *Gestor de negocios ajenos:* Asimismo inviste el carácter de guardián de la cosa el gestor de negocios ajenos que espontáneamente se incauta de la cosa de otro, aunque custodiando el interés del propietario. Bajo el aspecto considerado él debe ser asimilado al depositario, pues asume el *cuidado* de la cosa, si bien lo hace por su decisión y al margen de la voluntad ausente del propietario.

h) *Transportador de cosas:* Durante el transporte el transportador es el guardián porque las cosas están *a su cuidado* (art. 1113) y él se ha obligado a entregarlas en el punto de destino. Ese carácter subsiste desde que se realizan las operaciones de carga de las cosas hasta que se cumpla la descarga, aunque en esto ayude el destinatario.

i) *Acreedor retentista:* El acreedor que ejerce el *derecho de retención* (*supra,* nº 391), sobre una cosa de su deudor es guardián de ella puesto que la tiene a su cuidado.

j) *Acreedor prendario o anticresista:* Se encuentra en la misma situación precedente, cuando tiene la cosa en su poder, pues es un verdadero poseedor que tiene la intención de someter la cosa al ejercicio del derecho real respectivo.

k) *Instructor de manejo de automóviles:* Una hipótesis de interés se presenta cuando sobrevienen daños causados por un automóvil durante la instrucción de manejo que se da a un automovilista incipiente. ¿Quién es el guardián del vehículo, el que aprende y está en el volante, o el que enseña y lo acompaña haciéndole las indicaciones pertinentes? La doctrina considera que este último es el guardián, porque el poder sobre el automóvil pertenece al instructor bajo cuya subordinación funcional se encuentra el aprendiz de conductor.

Empero probado el desacierto de la maniobra realizada por el alumno ¿puede el damnificado entablar contra él una demanda resarcitoria, imputándole culpa fundado en lo dispuesto en el art. 1109? Para nosotros la respuesta afirmativa se impone porque la circunstancia de someterse alguien a una instrucción de manejo de automóvil no es una causa eximente de responsabilidad por los yerros que cometa y además porque la culpa estaría en aceptar la recepción de la lección en un lugar de acceso de posibles damnificados. Sin embargo, esa prueba de la culpa del alumno no puede ser intentada por el instructor que lo acompañaba, para lograr recuperar lo que hubiese debido satisfacer en concepto de indemnización al perjudicado: la culpa del alumno es al propio tiempo culpa del instructor, pudiendo aquél reprochar a éste que no supiera corregir eficientemente sus propios errores de conducción. Así la intentada acción de recurso queda bloqueada por la culpa del demandante (arg. art. 1111); sólo si éste probara que el alumno se rehusó a obedecer sus instrucciones podrá tener éxito en su reclamo.

Finalmente, hay que advertir que en una cuestión cercana a la expuesta la solución es diferente: cuando el automovilista novel se anima a afrontar el examen respectivo, el examinador que lo acompaña no asume

167

la guarda del vehículo, pues no da órdenes sobre la manera de conducir limitándose a juzgar las capacidades del candidato. "El poder de gobierno con relación al coche, y por tanto, la calidad de guardián pertenecen, pues a éste último" (Mazeaud y Tunc).

l) *Locador de obra:* Cuando alguien recibe una cosa ajena para practicar en ella un *opus* o resultado convenido pasa a ser guardián de la cosa, pues, mientras la tiene ejerce un poder efectivo de dirección de la cosa, con independencia del dueño.

m) *Remolque de automóviles:* Es guardián del convoy quien ejerce el poder de gobierno sobre la operación de remolque, conclusión que no cambia por el hecho de que el vehículo remolcado lleve alguna persona en el volante por el papel pasivo que ésta desempeña.

n) *Otros supuestos:* El concepto de guardián, por su carácter abierto y relacionado con el poder de dirección que es dable ejercer sobre cualquier cosa, ha dado lugar a las más variadas aplicaciones. Así se ha considerado que es *guardián:* de un sifón de soda el dueño del café que lo suministra, pasando la guarda al cliente que habrá de consumirlo cuando se lo coloca en la mesa que él ocupa; de una carabina de tiro de feria el empresario respectivo; de los cables y conductos eléctricos existentes en un edificio el propietario o inquilino, según el caso; de un automóvil o cualquier otro artefacto locomóvil, la persona que por su cuenta lo dirige y maneja, sea que lo haga por sí mismo o que lo realice por medio de otro que le sea subordinado.

o) No son guardianes, por ausencia del poder efectivo de gobernar y controlar la cosa por propia cuenta: los *dependientes;* la persona que usa una cosa sin título propio para ello y en función de la autorización del dueño o guardián de quien viene a ser un *delegado,* por ejemplo, el amigo a quien el dueño del automóvil le cede el volante, ubicándose éste en el vehículo; el usuario de electricidad o gas con respecto al medidor colocado en su casa del cual es depositario pasivo; el dueño de una cosa requisada por la autoridad pública.

p) No es un elemento de juicio que influya para caracterizar al guardián, la circunstancia de que la víctima obtenga un *beneficio gratuito* al tiempo de la utilización de la cosa. A diferencia de la jurisprudencia francesa que ha marginado la aplicación del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, en los supuestos de prestación gratuita de

servicios, especialmente mediante transporte benévolo, nuestra doctrina, en general, y nuestra jurisprudencia, no han hecho distinción alguna: es lo que corresponde, pues es manifiesto que el legislador no ha efectuado una discriminación que no puede surgir de la voluntad del intérprete. Otra cosa es estimar la conveniencia de que exista un régimen diferencial, instituido por la ley misma, que en este sentido sería aconsejable modificar, como ha sido propuesto.

1503. FUNDAMENTO: DISCUSIÓN.– En el sistema del Código de Vélez el fundamento de la responsabilidad que se imponía al dueño o guardián de una cosa por los daños resultantes de esa misma cosa reposaba en la *culpa* del responsable.

Tratándose del propietario de la cosa dañosa la ley lo reputaba culpable por no haber empleado sus poderes jurídicos sobre la cosa a fin de eliminar ese *estado* potencialmente dañoso del que se había seguido el perjuicio del damnificado: era una *presunción de culpa en el ejercicio de sus facultades* de dueño.

"Si en cambio se trataba del guardián de la cosa dañosa la razón de la responsabilidad que se sancionaba contra él residía en la *culpa en la guarda* de dicha cosa, culpa que era demostrada o revelada por la relación de causalidad existente entre la cosa y el daño. Como aquí la causa eficiente del daño no ha sido un hecho del hombre, sino un hecho de la cosa, que es un fenómeno natural sometido a las leyes físicas, ciertamente, el efecto dañoso ocurrido no ha debido producirse sino por el desgaste o falla del material, u otro vicio de la cosa, todo lo cual es factible de previsión y prevención, supuesto el apropiado conocimiento del *ser* de la cosa, que no queda al margen de las posibilidades humanas y que es dable exigirle a quien se sirve de una cosa o la tiene a su cuidado, para que esa cosa no se erija en elemento factor del mal ajeno.

1504. DIFERENCIACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO Y DEL GUARDIÁN.– Siguiendo ese esquema racional el Código de Vélez estructuraba la responsabilidad por el hecho de las cosas a través de las fórmulas de los arts. 1113 y 1133. El primero de ellos establecía la responsabilidad del guardián de la cosa dañosa, entendiéndose por guardián la persona que tiene el uso, la dirección y el control de la cosa (Ripert y Boulanger). Esa guarda puede ejercerse por sí mismo, o por intermedio de otro que actúa bajo las órdenes del guardián: en este caso el guardián es el principal y no

la persona que materialmente detenta la posesión de la cosa, pero bajo las instrucciones u órdenes de su principal.

Fuera de esa hipótesis el Código de Vélez contemplaba la responsabilidad del propietario en el art. 1133, según el cual "cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización". Eran dos responsabilidades distintas, pero emparentadas entre sí: por un lado la del guardián, por otro lado la del propietario. Eran dos responsabilidades, conceptualmente distintas, que podían acumularse en una misma persona que reuniera ambas cualidades de guardián y dueño, y podían subsistir disociadas cuando el propietario y el guardián de la cosa fueran personas diferentes. Pero decimos que eran responsabilidades emparentadas porque tenían el mismo origen, que radicaba en la existencia de un daño proveniente del hecho de una cosa, que se identificaba como causa eficiente de dicho daño: de ahí que resultara comprometida la responsabilidad de quien se hubiera encontrado en una relación fáctica de utilización o empleo por cuenta propia de la cosa dañosa, o de quien fuere el dueño de esa cosa.

Pese a su mismo origen mediaba entre esas dos responsabilidades una esencial diferencia de régimen: mientras el propietario de la cosa dañosa podía excusar su responsabilidad si probaba "que de su parte no hubo culpa" (art. 1133), el guardián carecía de esa posibilidad, porque la suya no era una culpa *presunta* como la de aquél, sino una culpa *demostrada* o revelada por la relación de causalidad existente entre la cosa y el daño. Esto explicaba que no cupiera la demostración de una mera ausencia de culpa: para eludir su responsabilidad el guardián tenía que proyectar fuera de su órbita de acción la causa eficiente del daño, acreditando que esa causa era un caso fortuito ajeno a la cosa, o la culpa de la víctima, o la culpa de un tercero.

1505. RAZÓN DE LA EXPLICADA DIFERENCIA DE RÉGIMEN.– Esa diversa regulación de ambas responsabilidades –la del guardián y la del propietario– se fundaba en la distinta vinculación con la cosa en que se encuentra el propietario en comparación con el guardián de ella. El propietario mantiene con la cosa un vínculo de *derecho* en virtud del cual la cosa está sometida a su voluntad y a su acción (conf. art. 2506). Si se le exige responsabilidad es por no haber puesto en práctica sus poderes sobre la cosa, lo que hubiera podido eliminar ese estado potencialmente dañoso de ella del que se ha seguido el perjuicio del damnificado. Empero, si demuestra que no obstante sus poderes teóricos de gobierno de la cosa el

propietario no pudo *de hecho* ejercerlos, como cuando la cosa le ha sido robada, o ha estado extraviada, o si ha transferido su tenencia a otra persona por un contrato que le impide tener el control material de la cosa, en tal evento queda establecida la ausencia de culpa del propietario por no resultar censurable su conducta, que es extraña al mantenimiento de la cosa en ese *estado* anormal o irregular, potencialmente dañoso, del que ha derivado el perjuicio ajeno.

Muy diferente es la relación que tiene el guardián con la cosa que *de hecho* está librada a su control y manejo. Por ello, no cabe la demostración de su ausencia de culpa, puesto que esa culpa está patentizada por la sóla realización de un daño que demuestra, con la irrecusable elocuencia de los hechos, que él no guardó convenientemente la cosa dañosa, es decir, que incurrió en una culpa en la guarda.

1506. b) RÉGIMEN DE LA LEY 17.711: ANALÍSIS; RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DEL GUARDIÁN Y DEL DUEÑO; USO DE LA COSA CONTRA LA VOLUNTAD DEL DUEÑO O GUARDIÁN; DISTINTOS SUPUESTOS; PRESUNCIONES.– La ley 17.711 ha efectuado al art. 1113 el siguiente agregado: "En los supuestos de daños causados con cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

"Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

El nuevo sistema legal presenta la siguientes características:

a) En primer lugar la ley 17.711 ha incorporado a la teoría de la responsabilidad la proveniente del *riesgo* de la cosa, sin admitir que el dueño o guardián de la cosa por cuyo riesgo ha provenido el daño pueda eximirse de responsabilidad mostrando su ausencia de culpa. Para la ley hay responsabilidad por el riesgo de la cosa con prescindencia de la culpa o inocencia del imputado responsable.

b) Paralelamente a la responsabilidad por el riesgo de la cosa aparece la responsabilidad por el daño causado por el vicio de la cosa. Es una responsabilidad ya establecida en el antiguo art. 1113 y que ahora resulta innecesario mencionar, porque siempre que el daño es causado por el vicio de la cosa, es esta cosa la que ha creado el riesgo del cual provino el daño. Habría por tanto bastado con establecer la sola responsabilidad por

168

el daño causado por el riesgo de la cosa, con lo cual estaría todo dicho, ya que ese riesgo es un género dentro del cual cabe la especie relativa al vicio de la cosa.

c) La responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa sólo queda eximida, total o parcialmente, si se acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder el dueño o guardián. Llama la atención que no se haya exceptuado igualmente de responsabilidad en forma parcial al dueño o guardián, cuando ha concurrido un caso fortuito para la producción del daño.

d) Finalmente, queda excluida la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa con que se hubiera obrado el daño o por cuya causa proveniera el daño si tal cosa hubiere sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

1507. MULTIPLICIDAD DE PROPIETARIOS O GUARDIANES.– Puede ocurrir que la cosa dañosa sea de propiedad de varios condóminos o se encuentre bajo el control de varios guardianes, ¿cómo se soluciona la responsabilidad de cada cual? Corresponde distinguir según se trate de varios *condóminos* o de varios *guardianes*.

a) Cuando la cosa pertenece a *varios condóminos* "la indemnización debe hacerla cada uno de ellos según la parte que tuviese en la propiedad" (art. 1135 *in fine*). Conviene aclarar que este artículo 1135 continúa en vigor después de la reforma de 1968, que no lo ha tocado como pudo hacerlo, ya que derogó los arts. 1133 y 1134 que estaban relacionados con aquel precepto, por lo que cuadra darle aplicación.

b) Cuando la responsabilidad incumbe a varios *guardianes* de una misma cosa, todos ellos responden solidariamente frente al damnificado, pero el que pagare la total indemnización, si ésta fuese por "parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro" (nuevo art. 1109 *in fine*). La diversidad de régimen resulta de la aplicación del principio general de solidaridad entre varios corresponsables por el mismo título que establece el nuevo art. 1109, aunque de un modo implícito, principio que resulta rectificado por el art. 1135 sólo con respecto a los condóminos pero no a los guardianes conjuntos de una misma cosa, con relación a quienes no hay rectificación alguna.

1508. DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CUANDO INTERVIENE UNA PLURALIDAD DE COSAS.– En esta hipótesis no contemplada expresamente por el Código Civil reformado creemos que corresponde mantener la responsabilidad solidaria de cualquier propietario o guardián de una cosa que ha causado un daño en conjunción con otras, frente al damnificado por el juego del nuevo art. 1109 parte final. Pero satisfecha la indemnización por alguno de los responsables es posible entablar una acción de reintegro por la parte que le correspondiera satisfacer al otro propietario o guardián que nada hubiera desembolsado para desinteresar al damnificado. Creemos que ésta es la solución por no haber en esta hipótesis una rectificación similar a la del art. 1135 que antes se explicó.

1509. CRÍTICA DEL SISTEMA LEGAL.– El nuevo sistema de responsabilidad por el hecho de las cosas resultante de la ley 17.711 ha sido objeto de algunas críticas:

1º) Se ha observado que la ley erige un nuevo principio general de responsabilidad paralelo al de la culpa que es el régimen relativo al daño causado por el riesgo de la cosa. ¿Qué significa ser responsable por el daño proveniente del riesgo? Riesgo es contingencia o proximidad de un daño, de manera que cuando de hecho el daño provenga del contacto con una cosa se podrá concluir que el responsable es el dueño o guardián de esa cosa, aunque no haya tenido culpa. Frente al art. 1067, que exige para que se pueda conceptuar como acto ilícito punible, para los efectos de este Código, que el agente haya obrado con dolo o culpa, aparece ahora el nuevo art. 1113, que erige el principio general según el cual toda vez que una cosa haya sido la causa material del daño responderá por ese daño, independientemente de toda culpa, el dueño o guardián de tal cosa.

2º) No es practicable la dualidad de principios genéricos de responsabilidad por culpa y por riesgo. Si se acepta que no hay responsabilidad sin culpa, sólo puede admitirse una responsabilidad por riesgo en situaciones especiales que hay que comenzar por describir con precisión para que la idea del riesgo creado latente en cualquier supuesto no se desorbite, desquiciando la teoría general de la responsabilidad en la generalidad de las situaciones. Cuando el legislador extranjero ha acogido la idea del riesgo ha procedido de esa manera –casos de los códigos mexicano, soviético y portugués de 1966–, "encajonando" la responsabilidad por riesgo en supuestos prefijados y en general aceptando en ellos una responsabilidad tarifada. Es de lamentar que el legislador argentino haya obrado di-

versamente, estableciendo un principio genérico de responsabilidad por riesgo que de hecho entra en necesario conflicto con el principio de responsabilidad por culpa.

3º) Por esa subestimación del factor subjetivo en la teoría de la responsabilidad, que está en la raíz del riesgo creado, los grandes maestros del derecho han rechazado la teoría como principio general de responsabilidad. Es esa la posición de Planiol, Hauriou, Baudry Lacantinerie, Colin, Capitant, Ripert, Boulanger, Lalou, Esmein, De Page, Mazeaud y Tunc. Sólo Josserand, Demogue y Savatier han quedado como partidarios de una responsabilidad civil sin culpa (Mazeaud y Tunc).

4º) Es lógicamente contradictorio el funcionamiento simultáneo de dos principios genéricos de responsabilidad por culpa y por riesgo. Si después de una lenta evolución de siglos el hombre ha llegado a la conquista de establecer que la base de la responsabilidad civil es la autoría moral del hecho dañoso que es dable imputar al responsable, no es discreto sustituir ese cimiento de la responsabilidad que implica la defensa de los inocentes, por la simple relación de causalidad material entre una cosa y el daño. Y no se diga que no se trata de sustitución, sino de complemento de la noción de culpa, pues si no se comienza por delimitar el campo de la responsabilidad por riesgo, ella se propagará como una mancha de aceite que todo lo impregna y en la práctica no habrá lugar para el dinamismo de una responsabilidad por culpa personal. La responsabilidad por culpa queda relegada a zonas marginales referentes a daños insólitos obrados sin contacto de cosa alguna, que por tanto no permite hacer actuar la idea de riesgo emanado de una cosa inexistente: es el eclipse de la noción de cosa en el derecho, como dicen Mazeaud y Tunc, lo que significa una grave inferiorización del oden jurídico.

5º) La nueva norma que crea la responsabilidad por riesgo es incongruente con el principio del art. 900, según el cual el acto involuntario no crea por sí obligación alguna, y especialmente con el agregado hecho al art. 907. Por este agregado es posible que los jueces, fundados en razones de equidad y teniendo en cuenta la importancia del patrimonio de las personas implicadas, dispongan un resarcimiento a favor de la víctima de un daño involuntario. No se trata sino de una indemnización de equidad que se regula con criterio muy peculiar, que es digno de encomiar. Pero ello no se compadece con la creación de una responsabilidad estricta por el riesgo de la cosa que puede alcanzar a un propietario o guardián a quien no le sea

imputable la actividad de los actos que realice. Si se trata de daños causados por el riesgo de la cosa, la responsabilidad de ese dueño o guardián que es en sí mismo inimputable subsistirá con toda plenitud; en cambio si tal persona obra directamente un daño involuntario no será responsable en toda la integridad de la reparación, sino pasible de la indemnización de equidad que contempla el nuevo agregado hecho al art. 907. Lo lógico hubiera sido aplicar el mismo criterio en ambas situaciones. Por ello se ha aconsejado que en una eventual reforma al sistema ahora vigente se eliminen del nuevo art. 1113 las palabras "riesgo o", agregándose al art. 1067 un segundo párrafo que establezca que cuando el daño fuere causado por el riesgo de una cosa sea aplicable el art. 907, segunda parte, con respecto al dueño o guardián de la cosa.

6º) Finalmente es de observar la injustificada asimilación del *propietario* de la cosa dañosa al *guardián* de esa misma cosa. Se comprende que a éste no se le acepte la demostración de su ausencia de culpa porque la culpa aparece demostrada por la producción del daño, ya que la responsabilidad del guardián se basa en una culpa en la guarda de la cosa dañosa. Pero en cambio carece de justificación impedirle al propietario que no pueda demostrar que él carece de culpa con motivo del daño proveniente del vicio o riesgo de la cosa de su propiedad. Así, si el propietario celebra un contrato en virtud del cual traspasa a otra persona el control y manejo directo de la cosa, subsiste sin embargo su responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, no admitiéndosele que pueda demostrar que él no ha tenido culpa por el empleo de la cosa por otro, en las condiciones en que esa cosa se encontraba, lo cual carece de justificación.

1510.– Es de hacer notar que para Trigo Represas el nuevo art. 1113 no ha variado en nada el *status* precedente. A su entender la expresión riesgo de la cosa ha sido utilizada como sinónima de vicio: la conjunción disyuntiva "o" no indicaría entonces en este caso diferenciación de supuestos diversos, sino por el contrario la vinculación de dos vocablos con sentido similar. Y con esta interpretación el riesgo o contingencia del daño sería la mera consecuencia o derivación del vicio propio de la cosa. Es una plausible tentativa de poner algún orden en una regulación legal que ha sido maltratada por las innovaciones introducidas en ella.

1511. c) Daños causados "con" las cosas. Ley 17.711, crítica.– El Código de Vélez no contempla, lo que era lógico, la responsabilidad del

169

propietario o guardián cuando se trataba de daños causados "con" las cosas. Eran casos comprendidos en el ámbito del art. 1109 y que nada tenían que ver con los daños contemplados en el art. 1113. Esa solución era justa porque el propietario, a menos que se estableciera su culpa por haber dejado a un extraño el empleo de la cosa, resultaba completamente ajeno a la consecuencia dañosa de un acto de otra persona. En cuanto al guardián era inconcebible que pudiese calificarse a alguien de ese modo con respecto a una cosa que no había desempeñado por sí misma función nociva alguna y que, por lo tanto, no requería ser guardada.

La situación ha cambiado luego de modificado el art. 1113 por la ley 17.711, la cual establece que en los supuestos de daños causados con cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que de su parte no hubo culpa. Consiguientemente, ahora se supone por la ley, que el daño obrado con una cosa ajena por culpa de quien ha utilizado dicha cosa para la realización de un designio propio, hace presumir igualmente la culpa del propietario o guardián. Con relación al dueño de la cosa la ley establece una presunción de culpa gratuita, porque no hay indicio alguno de que él pueda ser culpable del daño que otra persona ha causado con la cosa suya, cuando el daño no tiene relación con la cosa que ha sido el instrumento del daño, sino con el agente que actuó culpablemente. Por el juego de la presunción legal si alguien causa un daño con un paraguas o bastón ajeno, la ley viene a presumir hasta la prueba en contrario que el dueño del bastón o del paraguas es culpable de ese daño, lo que demuestra lo antojadizo de la presunción legal. Esto justifica la crítica que se le ha formulado a la nueva ley, por el riguroso trato al que se somete al dueño de la cosa que otra persona ha utilizado causando por su culpa un daño. Carece de toda justificación esa responsabilidad por presunción de culpa que se hace recaer contra el propietario de la cosa empleada como instrumento de un daño, pues la causa del daño no es la cosa, sino el hecho del hombre extraño que lo ha obrado. De ahí que responsabilizar al dueño de la cosa en esa circunstancia es incurrir caprichosamente en una relación semejante a la del niño que cae y se enoja con la cosa con la que se ha golpeado.

En cuanto al guardián, en pura teoría, él no podría excusarse probando la culpa del extraño que causó el daño con la cosa de su guarda, porque ello sería el presupuesto de la responsabilidad que la ley le atribuye ("daños causados *con* las cosas). Empero, esa es una consecuencia inicua, que no puede prevalecer, aunque aparezca sustentada en una norma positiva (Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, nº 128). Luego, cabe concluir que siempre el guardián puede librarse probando la culpa del extraño a él, en la causación del daño.

1512. QUÉ SUPUESTOS ABARCA: DISCUSIÓN.– Se ha controvertido por los autores cuáles son los supuestos comprendidos en la alusión a los daños causados con las cosas, del nuevo art. 1113 segunda parte. Mientras para la generalidad de los autores esta disposición abarca como su letra lo dice a los daños causados con cualquier cosa, Orgaz ha sostenido que cuadra distinguir entre las cosas inofensivas y cosas que poseen cierta autonomía como fuente posible de daño con independencia de cualquier acción actual de su dueño o guardián. Según este criterio las cosas inofensivas no entrarían en el nuevo art. 1113 sino que quedarían englobadas dentro del principio general del art. 1109. Pensamos que es una plausible tentativa de disminuir el impacto inconveniente del nuevo texto legal pero que resulta apoyada en la sola voluntad del intérprete que no se sustenta en lo que manifiestamente ha definido el legislador. Y fuera de ello no se advierte la distinción que pueda haber entre esta segunda categoría de cosas que poseen una cierta categoría como fuentes posibles de daños de las hipótesis de daños producidos por el riesgo de la cosa ya que exactamente una cosa es riesgosa por la contingencia de un posible daño no habiendo posibilidad entonces de encontrar la distinción apuntada.

1513. QUIÉN ES RESPONSABLE Y CÓMO SE EXIME.– Según en nuevo régimen instituido por la ley 17.711 son responsables por los daños causados *con* las cosas: 1º) el *agente* que ha empleado la cosa, a quien se lo reputa culpable del daño. En esta hipótesis cuadra admitir la posibilidad de que el agente se exima de responsabilidad si demuestra, pese a la apariencia contraria, su ausencia de culpa; 2º) el *dueño* de la cosa con que aquél ha originado culpablemente el perjuicio del damnificado, hipótesis en la cual la ley admite que pueda eximirse de responsabilidad probando que no ha habido culpa de su parte; 3º) el *guardián* de la cosa, hipótesis realmente insólita porque ninguna vinculación tiene el daño con la cosa y no se advierte entonces por qué alguien distinto del agente podía ser calificado como guardián de la cosa utilizada como instrumento del perjuicio del damnificado. Aunque no es factible que alguien pueda ser guardián de una cosa, en sí misma no riesgosa, que otro ha empleado por su culpa para causar un daño, la ley admite que tal inconcebible guardián pueda eximirse acreditando su ausencia de culpa. Ello obliga a entender que el imposible guardián es, en verdad, el autor del hecho.

1514. d) DAÑOS CAUSADOS POR EL VICIO O RIESGO DE LA COSA. LEY 17.711; CRÍTICA; NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD; JURISPRUDENCIA.– Según el nuevo art. 1113, si el daño hubiere sido causado por el *vicio* o *riesgo* de la cosa el dueño o el guardián de ella sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Con esta fórmula se ha agregado al sistema legal regulado por Vélez Sarsfield la responsabilidad por el *riesgo* de la cosa. En cambio la especificación referente al vicio de la cosa no comporta novedad alguna, por cuanto ese supuesto estaba comprendido naturalmente en la primera parte del antiguo art. 1113, que determinaba la responsabilidad del guardián de una cosa por los daños provenientes de ella.

La amplitud de la fórmula adoptada, referente a la responsabilidad por el daño causado por el riesgo de la cosa constituye una absoluta novedad no conocida por el derecho comparado, en la latitud de los términos en que esa genérica responsabilidad ha sido establecida por nuestro legislador. Ello ha suscitado agudas críticas de las cuales hemos dado cuenta *supra* en el número 1509, adonde remitimos al lector.

En cuanto a la *naturaleza* de la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa cuadra efectuar una distinción: si se trata del daño provocado por el vicio de la cosa, la responsabilidad se basa en la culpa del dueño o guardián que el daño revela, ya que éste proviene de ese estado defectuoso potencialmente dañoso que ha originado el perjuicio. En cambio cuando se trata de la responsabilidad por riesgo no hay culpa del dueño o guardián, sino atribución de responsabilidad realizada por la ley en razón de estimar apropiado el legislador que quien ha puesto el antecedente del daño debe responder por el mismo.

La jurisprudencia ha hecho aplicación de la teoría del riesgo creado a propósito del daño causado por un camión que pasó junto a un montón de materiales dejados en la calle para proceder a una próxima construcción, lo que dió oportunidad para que el vehículo apretara un canto rodado y lo lanzara violentamente contra una vidriera que quedó destruída (caso de la Cám. Com. en el cual se estima responsable al constructor que creó la contingencia de ese daño).

1514 bis. DAÑOS CAUSADOS POR RESIDUOS PELIGROSOS.– La ley 24.051 define como peligroso a "todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general".

Considera generador de residuos peligrosos, a toda persona física o jurídica que, como resultado de sus actos o de cualquier proceso, operación o actividad, los produzca (art. 14), estableciendo su responsabilidad, en calidad de dueño de los mismos, por todo daño producido por éstos (art. 22).

La ley presume, salvo prueba en contrario, "que todo residuo peligroso es *cosa riesgosa* en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil" (art. 45).

Establece en su art. 46 que, "en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos".

En su art. 47, dispone que "el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso".

Determina en su art. 48 que, la responsabilidad del generador de residuos peligrosos no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de los mismos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final.

Cabe recordar, que la Constitución Nacional para evitar la ocurrencia de estos daños, "prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos" (art. 41, 4° párr.).

1515. MEDIDAS PREVENTIVAS; CAUCIÓN *DAMNI INFECTI* Y DENUNCIA DEL DAÑO TEMIDO.– En el antiguo Derecho Romano cuando un edificio amenazaba ruina, cualquier vecino podía solicitar contra el propietario una garantía de *damni infecti* que le asegurara la indemnización del daño que llegare en el futuro a sufrir por el derrumbe. El codificador eliminó esa garantía en el art. 1132, por considerar que traía más inconvenientes que ventajas. Por ello en el sistema de Vélez Sarsfield los peligros potenciales no daban derecho a las posibles víctimas para formular denuncias ante las autoridades municipales a fin de que ellas proveyeran a la adopción de medidas que pudiesen evitar el peligro.

Luego de la ley 17.711, "quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares" (nuevo art. 2499, 2ª parte). Así, pues, el amenazado por un peligro derivado de cualquier cosa exis-

tente, puede ahora entablar una acción judicial para que, precautoriamente, se imponga la realización de medidas que hagan cesar el peligro. Es un criterio digno de encomio que puede evitar algunos desastres que lamentablemente han ocurrido.

1516. e) DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES.– Esta sub-especie de responsabilidad ha perdido parte de la importancia que tenía en la época de la sanción del Código Civil. Con la paulatina eliminación de la tracción a sangre y la proliferación de los instrumentos mecánicos, los daños causados por animales han pasado a un lugar relativamente secundario. Indicaremos sumariamente con respecto a este tópico quiénes son las personas pasibles de responsabilidad, cuál es el fundamento de esta responsabilidad y cuáles los hechos originarios de ella, para encarar finalmente cuándo cesa esta responsabilidad específica.

1517. PERSONAS PASIBLES DE ESTA RESPONSABILIDAD, RECURSO.– Son alcanzados por esta responsabilidad: a) el propietario del animal que provoca el daño; b) el guardián del animal o sea la persona que por su cuenta tiene a su cargo el cuidado y gobierno de la bestia. Quien de hecho mantiene el animal en su poder pero por cuenta de otro, no es el guadián, sino que lo es su principal; c) el tercero que hubiese excitado al animal provocando así el daño ajeno (conf. art. 1125).

El guardián del animal que resultase responsable por daño causado puede deducir una acción de recurso contra el propietario, si demostrare que éste fue culpable de no advertirle las características del animal potencialmente dañosas (conf. art. 1124, *in fine*).

Tienen el carácter de guardián del animal: el depositario, el comodatario, quien recibe el animal para faenarlo, el cuidador de un caballo de carrera, etcétera. Es de notar que la responsabilidad del propietario y la del guardián son excluyentes la una de la otra. Así, pues, cesa la responsabilidad del propietario cuando se desplaza el animal quedando bajo la sujeción de otra presona que actúa por cuenta propia.

1518. NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD.– Según la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la *idea de culpa*. La ley reputa culpable a la persona a quien le atribuye responsabilidad. En el Código de Vélez no había responsabilidad que no se sustentara en la culpa (conf. art. 1067); ahora bien, la responsabilidad por los daños causados por animales estaba regulada en el

Código de Vélez y no ha sido objeto de retoque alguno: luego esa responsabilidad se sustenta en la culpa del responsable.

Lo expuesto resulta verificado por el hecho de poderse eximir el dueño de responsabilidad cuando el animal se hubiera soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo (art. 1127). Se sigue de ahí, admitiendo la ley una exención de responsabilidad sobre la base de una prueba relativa a la ausencia de culpa, que la responsabilidad se funda en la culpa que presuntivamente el legislador atribuye a quien conceptúa como responsable.

Empero es de notar que si el daño es causado por un animal feroz que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el daño le será siempre imputable al guardián, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban (art. 1129). No hay en esa hipótesis una responsabilidad que no se funde en la culpa del guardián, sino que para la ley la culpa de él ha consistido en tener un animal feroz que implica un grave peligro para los demás.

Para una opinión minoritaria la responsabilidad por los daños causados por animales se sustenta en la idea de riesgo creado. Sin embargo si éste fuese el verdadero fundamento de esta responsabilidad no se explicaría que pudiera excusarse el responsable, en algunas hipótesis, demostrando su ausencia de culpa, porque siempre él habría creado el riesgo de la producción del daño.

1519. HECHOS ORIGINARIOS DE ESTA RESPONSABILIDAD.– Los daños comprendidos en esta sub-especie de responsabilidad son los derivados de un hecho espontáneo e instintivo, del animal, con independencia de toda incitación humana. Por ello se ha considerado que no se aplican los arts. 1124 y siguientes a los daños causados por un caballo conducido por un jinete: en tal caso puede haber responsabilidad del jinete por la mala conducción que realizare del animal, pero no hay responsabilidad de su dueño ni del guardián, que es quien, ordinariamente, lo tiene bajo su gobierno y dirección.

Fuera de ello no hay distinción alguna que hacer entre animales domésticos o animales feroces: los daños que unos y otros provocaren, en aquellas condiciones, comprometen al propietario o guardián del animal.

1520. DAÑOS CAUSADOS ENTRE ANIMALES.– Puede ocurrir que el daño de cuya reparación se trata hubiera sido causado con motivo de una riña de animales. En tal caso es el propietario o guardián del animal agresor el que

responde por los daños sufridos por el animal agredido (conf. art. 1130). Por tanto el damnificado en ese supuesto debe probar la agresión de que fue víctima el animal de su propiedad y fallando esa prueba no procederá la indemnización del daño sufrido.

1521. CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.– La responsabilidad relativa a los daños causados por los animales cesa en los siguientes casos: 1º) cuando el propietario traspasa a otro la guarda del animal; 2º) cuando el animal que causó el daño se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo (art. 1127), disposición que favorece tanto al propietario como al guardián del animal; 3º) cuando el daño causado por el animal hubiese provenido de fuerza mayor (art. 1128); 4º) cuando el daño hubiese sido causado por culpa de la propia víctima (conf. arts. 1111 y 1128, *in fine*); 5º) cuando el animal que hubiere causado el daño fue excitado por un tercero (art. 1125), en cuyo caso es responsable el tercero y no el propietario o guardián del animal. Pero las excitaciones ordinarias provenientes de las características de la vida moderna como los ruidos excesivos o inesperados, o resultantes de hechos naturales como tempestades, truenos, etcétera, no eximen de responsabilidad al dueño o guardián del animal.

Es de notar que no cesa la responsabilidad del dueño del animal por el ofrecimiento del abandono que quisiera hacer de la propiedad del animal a favor del damnificado (conf. art. 1131). El derecho moderno no reconoce al abandono noxal que admitía el Derecho Romano como forma de liberación de la obligación resarcitoria.

1522. ANIMALES ABANDONADOS.– Cuando el daño proviene de la acción de un animal abandonado no hay posibilidad de hacer valer la responsabilidad de su dueño o guardián. En tal caso el damnificado puede apropiarse del animal dañoso (conf. arts. 2525 y 2527 y concs. del Cód. Civ.) y de esa manera enjugar el daño con el valor que tuviese el animal.

CAPÍTULO XIV

ACCIONES POR INDEMNIZACION

1523. LEGITIMACIÓN ACTIVA: QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN POR INDEMNIZACIÓN.– La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta (art. 1079). En esa fórmula se distingue, pues, a los damnificados *directos* e *indirectos*. Fuera de ellos el Código contiene distintas aplicaciones, por lo general sobreabundantes, con relación a las personas que según la índole particular de cada delito pueden demandar la reparación pertinente.

a) *Damnificado directo* o víctima del hecho ilícito es quien sufre algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en las cosas de su dominio o posesión, o en su persona, sus derechos o facultades (conf. art. 1068).

b) *Damnificado indirecto* es toda persona distinta de la víctima que a causa del hecho ilícito sufre un daño en un interés legítimo, es decir, amparado por el derecho. Bajo este enfoque hay que distinguir el perjuicio *de hecho* del perjuicio *de derecho:* perjuicio de hecho es cualquiera desventaja de orden patrimonial que alguien sufre, como por ejemplo la cesación de la ayuda pecuniaria que un menesteroso recibe de una persona generosa que muere en un accidente. Ese menesteroso no es un damnificado indirecto, porque el perjuicio sufrido no es un perjuicio de derecho, ya que él no tenía título para pretender seguir recibiendo en el futuro las dádivas que el benefactor le concedía. Tampoco era un damnificado indirecto el que se veía privado por razón de un accidente de tránsito de las propinas que recibía en su ocupación si por el laudo gastronómico le estaba prohibido recibir propinas.

179

c) *Damnificados por agravio moral* son las personas que reciben una lesión en sus sentimientos legítimos por la ofensa inferida por alguien. Siempre que el acto ilícito configure un agravio moral el damnificado podrá pretender la reparación del daño de esa índole que él ha sufrido. Empero es de notar que en materia de agravio moral sólo tienen acción para pretender la reparación pertinente los damnificados directos (conf. nuevo art. 1078, 2ª parte), lo que se explica porque no hay, ofensa por repercusión. Puede haber daño directo, pero no ofensa indirecta, desde que siempre la ofensa es el efecto de la acción del ofensor sin intervención de otro factor posible.

No obstante, cuando se trata del delito de homicidio, se abre la acción por la reparación del agravio moral a favor de damnificados indirectos siempre que sean herederos forzosos de la víctima (conf. art. 1078, *in fine*); es de notar que ese derecho no les corresponde como sucesores del muerto, en cuyo caso están comprendidos en el régimen limitativo de transmisión determinado por el art. 1099, sino como damnificados. Naturalmente, por el hecho de la muerte no es el fallecido el que sufre, sino sus parientes más allegados que reciben el impacto del agravio moral de cuya reparación se trata. Por eso, aunque también se hubieran podido aplicar otros criterios, la limitación impuesta por la ley al posible número de pretensores a la reparación del agravio moral es acertada y prudente.

d) *Damnificados por el delito de homicidio.* Independientemente de lo expresado con respecto al agravio moral, los damnificados por el delito de homicidio que tienen acción para exigir del responsable la respectiva indemnización del daño material son todos los damnificados indirectos por el delito de que otro ha sido víctima (*supra,* núms. 1426-1428).

e) *Damnificados por el delito de injurias.* Cuando se trata del delito de injurias desde luego tiene acción resarcitoria la víctima del delito como damnificado directo por el hecho ilícito. Pero además por la índole peculiar de este delito, el Código concede acción al marido por las injurias hechas a la mujer y a los padres por las injurias inferidas a los hijos (art. 1080). En esos casos tanto el padre como el marido actúan en virtud de un derecho propio, independiente del que corresponde al propio damnificado en primer término.

La previsión del art. 1080 sólo funciona cuando no media divorcio entre los esposos, o cuando los hijos están bajo la patria potestad de los padres.

f) *Damnificados por el delito de daño en las cosas.* Cuando el hecho ilícito incide en el daño de alguna cosa tienen acción para pretender la respectiva indemnización, según los arts. 1095 y 1110: el propietario de la cosa dañada; el poseedor de esa misma cosa, o sea quien la tiene bajo su poder con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351); el tenedor de la cosa que tiene la simple posesión de ella (conf. art. 1095), sin intención de comportarse como dueño, verbigracia el locatario, comodatario o depositario; el usufructuario o el usuario que tienen un derecho real sobre la cosa dañada, derecho que resulta afectado por el hecho ilícito; el acreedor hipotecario que ve disminuida su garantía por el deterioro del inmueble hipotecado; y finalmente cualquiera que tenga la cosa con obligación de responder de ella, pero en tal caso sólo tiene acción resarcitoria en ausencia del dueño (art. 1110, parte final). Este último es el caso de los subordinados que tienen cosas en su poder por cuenta del principal.

1524. TRANSMISIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA.– El damnificado, como acreedor de la obligación de reparar el daño que él ha sufrido, puede en principio transmitir su derecho a otras personas por actos entre vivos, o *mortis causa*, a sus herederos o legatarios. Sin embargo, si se trata de la reparación del agravio moral, la opinión más difundida considera que no es cesible por actos entre vivos por tratarse de un crédito inherente a la persona del agraviado, no pudiéndose concebir la negociación de ese crédito, porque repugna a la índole del interés moral la especulación del acreedor. Tampoco es transmisible a los herederos la acción por reparación del agravio moral, salvo que ya hubiera sido entablada por el difunto (conf. art. 1099).

1525. PERSONAS A QUIENES SE PUEDE DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN. (LEGITIMACIÓN PASIVA).– Son pasibles de la acción por indemnización del daño causado por un hecho ilícito: el autor del hecho, se trate de un delito o un cuasidelito; los consejeros o cómplices del autor del acto cometido (art. 1081); el encubridor del delito, aunque éste responde por las consecuencias dañosas de su encubrimiento más que de las consecuencias del delito mismo; el beneficiario del resultado del delito que está obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado (art. 32 del Cód. Penal); la persona civilmente responsable por el hecho ajeno, o por el resultado dañoso de las cosas de las que era dueño o guardián; los sucesores universales de las personas anteriormente mencionadas (conf. art. 1098).

Cuando son varios los autores o partícipes de un delito o cuasidelito el damnificado dispone contra cualquiera de ellos de una acción resarcitoria por el total del daño (conf. arts. 1081 y 1109, 2ª parte).

Luego de la sanción de la Ley de Seguros 17.418 es posible hacer citar a la causa, en garantía de la acción intentada contra el responsable, al asegurador de este último. En este caso la demanda puede interponerse ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador, y luego de citado éste la sentencia hace cosa juzgada contra él dentro de los límites especificados por el contrato de seguro. De esta manera, aunque la ley no le ha reconocido al damnificado acción directa contra el asegurador del responsable, en los hechos ha venido a concederle las mismas ventajas que podrían derivar de esa acción directa.

1526. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR RENUNCIA U OTRAS CAUSAS.– La acción por indemnización del daño causado por el hecho ilícito puede extinguirse por renuncia, transacción, prescripción y por otras causas.

a) *Renuncia.*– La acción por pérdidas e intereses que nace de un delito se extingue por la renuncia de las personas interesadas (art. 1100). Como el resarcimiento del daño es un crédito que sólo interesa al acreedor, puede éste despojarse de él, porque el derecho fue instituido para satisfacer su interés particular y no concurre ningún interés público que impida la realización de esa liberalidad. Empero, como lo aclara el art. 1100 en su parte final, la renuncia de la persona directamente damnificada no embaraza el ejercicio de la acción que puede pertenecer al esposo o a los padres, se sobreentiende cuando ellos tienen una acción por derecho propio que no se identifica con la acción del damnificado.

Con respecto a la influencia que ejerce la renuncia de la acción civil sobre la acción criminal y recíprocamente, el art. 1097 mantiene la independencia de ambas acciones: no se estima renunciada la acción civil por no haber los ofendidos intentado durante su vida la acción criminal o por haber desistido de ella, como tampoco se estima que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella. "Pero si renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal" (art. 1097, parte final), lo que ha de entenderse referido a los delitos de acción privada, pues tratándose de delitos de acción pública el fiscal dispone de la acción criminal para perseguir la punición del delito cometido independientemente de lo que decidiere hacer el particular damnificado.

b) *Transacción.*– La transacción puede versar sobre la acción civil por indemninzación del daño causado por un delito, pero no sobre la acción de acusar y pedir el castigo de los delincuentes (conf. art. 842). Es que en este último objetivo está interesado el orden público, que no podría quedar librado al arbitrio de los particulares.

c) *Prescripción.*– Según el nuevo art. 4037 prescribe por dos años la acción por responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia luego de transcurrido ese lapso se extingue la acción por indemnización del daño causado y sólo subsiste el derecho del damnificado en calidad de obligación natural.

d) Eventualmente puede operarse la extinción de la acción civil por indemnización a raíz del *desistimiento* de la acción promovida o de la declaración de *perención de la instancia* en que ella se hubiera articulado. Ello ocurre si mientras tanto se ha extinguido la acción respectiva por prescripción y consiguientemente no puede el damnificado entablar una nueva demanda.

1527. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.– La ley 17.711 introdujo en el articulado del Código Civil un nuevo precepto que determina la *suspensión* de la prescripción en curso de la acción resarcitoria cuando la *víctima* de un acto ilícito ha promovido querella criminal contra el autor del hecho. El nuevo art. 3982 bis se expide así: *"Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querella criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querella"*.

Con esta disposición, el legislador de 1968 ha querido "poner claridad en una materia que por falta de regulación legal, era confusa". (Borda).

Con anterioridad a esa reforma se discutía sobre la influencia que podía ejercer el proceso penal sobre la prescripción pendiente de la acción civil. Las opiniones eran bastante dispares, desde la que rechazaba toda influencia del juicio penal sobre el curso de la prescripción de la acción civil hasta la que afirmaba el efecto interruptivo de la prescripción que pro-

177

ducía el proceso penal. En una posición intermedia la generalidad de la doctrina y jurisprudencia concluia que el proceso penal no interrumpía el curso de la prescripción de la acción civil, pese a haber intervenido como querellante el damnificado, salvo que éste hubiera demandado el resarcimiento en el mismo fuero penal.

1528. APRECIACIÓN CRÍTICA.– Bajo el aspecto de la faz crítica la novedad del art. 3982 bis no escapa a algunas objeciones. Por lo pronto, se ha observado que crea un nuevo supuesto de suspensión de la prescripción que no es congruente con el movimiento general de la legislación tendiente a la supresión de causales de suspensión tan arraigadas como la incapacidad. Si se considera conveniente no dilatar el plazo de la prescripción atendiendo a circunstancias personales, siempre que el titular del derecho o un representante suyo, haya podido hacerlo valer, no parece justificado que se amplíe aquel lapso sólo por el hecho de haber promovido aquél un juicio ante el fuero criminal, que no es obstáculo para promover la acción civil. Con lo cual se deja en manos del damnificado, según que él acuse o no criminalmente al autor del delito, la posibilidad de ampliar el plazo de la prescripción, aspecto que debe regularse objetivamente y sin gravitación de la voluntad de los interesados.

1529. RELACIONES ENTRE LA ACCIÓN CIVIL Y LA ACCIÓN CRIMINAL: PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.– Según el sistema estructurado por Vélez Sarsfield la acción civil y la acción penal correspondientes al mismo hecho debían ser ventiladas en sede separada. Así disponía el art. 1096: "La indemnización del daño causado por delito sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal".

Este principio de independencia de ambas jurisdicciones no era absoluto. Sólo determinaba que lo relativo a la responsabilidad civil fuere juzgado por los jueces del fuero civil, así como lo referente a la responsabilidad penal sólo podía ser examinado por los magistrados del fuero represivo.

Pero planteada esa separación, la independencia no era absoluta. Por lo pronto si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil o fuere intentada pendiente ésta, el art. 1101 disponía que no recayera condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal. Lo cual significaba que aunque los trámites fueran independientes sin embargo se subordinaba el dictado de la sentencia civil al previo pronunciamiento de los tribunales del crimen.

Esa subordinación en cuanto al dictado de la sentencia era dejada de lado: 1º) si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal; 2º) en caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada (art. 1101 incs. 1º y 2º). En esos supuestos de excepción quedaba impedido el dictado de la sentencia criminal y consiguientemente resultaba levantada la barrera para que pudiese examinarse la posible responsabilidad civil del imputado.

1530. REFORMA INTRODUCIDA POR EL CÓDIGO PENAL DE 1922.– El principio de relativa independencia en materia civil y penal fue impugnado acerbamente por los penalistas, y el legislador haciéndose eco de esa crítica determinó en el art. 29 del Código Penal del año 1922, que la sentencia condenatoria en sede penal podía ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.

Con ese criterio quedó tácitamente derogado en parte el art. 1096 del Código Civil, admitiéndose que pudiera solicitarse por el damnificado la indemnización en sede penal, con lo cual quedó innovado el criterio del aludido art. 1096 del Código Civil.

Por lo demás se ha entendido que el juez penal no puede disponer la indemnización de oficio sino que debe hacerlo a instancia del damnificado. Ello ha significado que en la generalidad de los casos se reserve para el juicio civil lo relativo a la indemnización, por cuanto los damnificados prefieren plantear ante esta última jurisdicción todo lo referente a la indemnización del daño que han sufrido, como consecuencia del delito.

1531. COSA JUZGADA.– Cuando un mismo hecho puede ser calificado como delito criminal y como hecho ilícito que compromete la responsabilidad civil de alguien, se plantea la cuestión de saber qué influencia tiene el pronunciamiento dictado en sede penal en cuanto a la decisión que corresponde adoptar en sede civil. Esta cuestión se suscita cuando ha quedado pendiente el pronunciamiento a dictarse en el fuero civil por efecto de lo dispuesto en el art. 1101 que subordina el dictado de la sentencia civil al previo pronunciamiento del tribunal represivo.

Cuando la sentencia civil ha sido dictada por no haberse denunciado el hecho ante el fuero criminal, ella no se ve afectada por lo que pudiera ulteriormente decidirse sobre la acción criminal que llegara a intentarse (conf. art. 1106). Salvo esa posibilidad conviene estudiar lo que ocurre cuando ambas acciones han tramitado paralelamente, en uno y otro fuero.

1532. INFLUENCIA DE LA SENTENCIA CRIMINAL SOBRE LA CIVIL Y VICEVERSA.– Esta cuestión debe ser examinada a través del siguiente esquema: 1º) sentencia condenatoria en lo penal; 2º) sentencia absolutoria en lo penal; 3º) cuestiones prejudiciales que impiden el dictado de la sentencia penal.

a) *Sentencia condenatoria.*– Después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado (art. 1102). Esto significa que los dos puntos sobre los cuales la sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada en el fuero civil son: la existencia del hecho principal constitutivo del delito, que no podrá ser desconocida por los tribunales civiles; y la culpa del condenado, que no podrá ser calificado como inocente en sede civil. Fuera de ello será posible admitir la *culpa concurrente* del damnificado para moderar la indemnización a cargo del condenado en sede penal, o conceptuar que no ha mediado *daño* que justifique una indemnización.

La explicada autoridad de cosa juzgada afecta no sólo al condenado en sede penal sino también al tercero que fuere civilmente responsable con motivo del hecho, por ejemplo el principal del incriminado en sede penal. Por lo demás se conceptúa que esa cosa juzgada puede ser aplicada de oficio por el tribunal civil aunque la alegación no hubiera sido efectuada por la parte interesada.

b) *Sentencia penal absolutoria.*– Después de la absolución del acusado no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución (art. 1103).

Si se compara el principio transcripto con el del art. 1102 es dable concluir que la autoridad de cosa juzgada de la sentencia penal absolutoria es menor que la que tiene la sentencia penal condenatoria. En efecto si bien el pronunciamiento criminal hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho principal denunciado como constitutivo del delito, no ocurre así con la calificación de inocente del imputado. Este puede ser declarado inocente en el proceso penal y ser responsabilizado como culpable en sede civil. Es que es más benigno el criterio de los tribunales represivos que el de los tribunales civiles y es dable admitir que un mismo descuido o negligencia o imprudencia es insuficiente para originar una privación de libertad y en cambio es bastante para responsabilizar a su autor por el daño que ha causado, para lo cual ha de tenerse presente el viejo concepto romano según el cual una mínima culpa era suficiente para comprometer la responsabilidad aquiliana del autor del hecho.

Fuera de lo expuesto conviene esclarecer cuál es la sentencia que se dicta en el fuero penal que puede llegar a tener esa influencia de cosa juzgada en lo civil. Por lo pronto un auto de *sobreseimiento provisional,* que no implica de ningún modo absolución del acusado sino simplemente ausencia de elementos comprobatorios de la culpabilidad penal, en nada influye sobre la cuestión del resarcimiento en materia civil.

En el extremo opuesto no se duda del valor de cosa juzgada que tiene la *sentencia* penal dictada en el *proceso plenario,* cuando absuelve al acusado por inexistencia del hecho denunciado o por falta de autoría moral del imputado con respecto a ese hecho.

En situación controvertida aparece el *sobreseimiento definitivo* que es el auto dictado por el juez, por el cual se clausura el sumario por entender que no hay mérito para pasar la causa a la etapa siguiente del proceso criminal, o sea el procedimiento plenario en juicio contradictorio con intervención amplia del acusado así como del fiscal. Nosotros entendemos como lo han decidido algunos fallos jurisprudenciales y como lo expresa Morello que cuando el auto de sobreseimiento definitivo se funda en la inexistencia del hecho o en que el imputado no intervino en su producción, *tal sobreseimiento definitivo es equiparable a la sentencia absolutoria* a los efectos del art. 1103, por lo que hace cosa juzgada a favor del imputado, no pudiéndose declarar en sede civil que el hecho ha existido o que el imputado intervino en su producción.

El actual Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) ha suprimido el sobreseimiento provisorio, ya que el art. 335 se limita a disponer que "el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta". Por consiguiente, ya no tiene vigencia lo expuesto en los párrafos anteriores respecto del sobreseimiento provisorio.

En cambio, siguen siendo válidas las explicaciones efectuadas respecto del sobreseimiento definitivo, cuando éste se funda en "que el hecho investigado no se cometió o que el delito no fue cometido por el imputado" (art. 336, incs. 2º y 4º, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Los restantes supuestos contemplados en el art. 336 del Código Procesal Penal de la Nación: extinción de la acción penal (inc. 1º); que el hecho investigado no encuadre en una figura penal (inc. 3º); o que haya mediado una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria (inc. 5º), evidentemente no pueden equipararse a la sentencia absolutoria a los efectos del art. 1103.

173

c). *Cuestiones prejudiciales.*– Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes de que la sentencia civil hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios (art. 1104).

La prejudicialidad prevista en el inc. 2º del art. 1104 resulta ya inaplicable toda vez que la actual Ley de Concursos y Quiebras 24.522, no contempla la calificación de conducta del fallido y de terceros.

Otra cuestión prejudicial era la creada por el art. 74 del Código Penal (actualmente esta figura ha sido derogada por la ley 24.453), según el cual no podría imputarse el delito de adulterio mientras no se declarara el divorcio por causa de adulterio. Pero era una prejudicialidad imperfecta porque el juez penal no estaba obligado a aceptar la calificación de esposo adúltero formulada por el juez civil.

Lo expuesto significa que mínimamente ejerce influencia la sentencia civil sobre la ulterior sentencia que se dicte en sede penal. Sólo existe influencia cuando se trata de la cuestión prejudicial mencionada en el art. 1104, inc. 1º. Consiguientemente si se ventila un juicio penal en el cual para calificar la actuación del imputado es menester apreciar primeramente si un matrimonio es válido o nulo, sólo en esa hipótesis cuadra postergar el pronunciamiento criminal hasta que se dicte la sentencia civil, para estar a esta decisión, o no, según el caso.

El art. 1105 dispone que con excepción de los dos casos anteriores (ahora sólo uno por quedar sin aplicación el inc. 2º del art. 1104), o de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal ni impedirá ninguna acción criminal posterior intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación.

1533. JURISPRUDENCIA: FALLO PLENARIO DE LA CÁMARA CIVIL DICTADO EN EL JUICIO "AMORUSO C/ CASELLA".– En el juicio del epígrafe la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal dictó un fallo plenario en el cual decidió que el sobreseimiento definitivo dictado a favor del denunciado no hace cosa juzgada en el juicio civil en absoluto, y que la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal tampoco hace cosa juzgada con respecto a la culpa del autor del hecho ni en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados.

Ese fallo dictado en el mes de abril de 1946, tiene desde luego la autoridad moral que corresponde a los magistrados que lo suscriben, pero por haber transcurrido más de diez años desde su dictado no tiene el valor legal que impone la obligatoriedad de su doctrina a los tribunales inferiores y asimismo a las distintas Salas que integran el tribunal que ha dictado un fallo plenario (arg. art. 288 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por ello conceptuamos que habiéndose agotado la virtualidad de ese fallo plenario no corresponde discriminar entre sentencia absolutoria dictada en juicio plenario y sobreseimiento definitivo en virtud de haberse declarado la inexistencia del hecho enunciado como delito o la ausencia de autoría con respecto a ese hecho de parte del imputado. Adviértase que si no ha habido mérito en razón de esos motivos para pasar a la etapa del plenario, mal podría cuestionarse el pronunciamiento de los tribunales represivos ante la justicia civil, por el damnificado que hubiese entablado querella criminal con aquel resultado.

CAPÍTULO XV

RESPONSABILIDADES ESPECIALES

1534. ENUNCIACIÓN.– Luego de haber estudiado los principios generales de la responsabilidad cuasidelictual, los cuales son regulados por la ley a través de la distinción tripartita de la responsabilidad por el *hecho propio*, por el *hecho ajeno* y por el *hecho proveniente de las cosas*, pasamos a examinar ciertas responsabilidades especiales. Ellas son: a) responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas; b) responsabilidad de los funcionarios públicos; c) responsabilidades profesionales; d) responsabilidad por accidentes de trabajo; e) responsabilidad por accidentes de automotores; f) responsabilidad por accidentes ferroviarios; g) responsabilidad derivada de la navegación aérea, terrestre y marítima; d) responsabilidad por daños nucleares; i) responsabilidad por la elaboración de productos; j) responsabilidad colectiva; k) responsabilidad por violación a los derechos de la personalidad.

§ 1. Responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas

1535. DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL ANTIGUO ART. 43 DEL CÓDIGO CIVIL.– En el sistema del Código de Vélez el régimen de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas derivaba del armónico funcionamiento de los arts. 41, 42 y 43.

El art. 41 sienta el principio de equiparación existente entre todas las personas del derecho, sean de existencia real o visibles, "para intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales".

A renglón seguido el art. 42 del Código encara el aspecto pasivo, o contrapartida de aquella equiparación, y establece con carácter de principio general que "las personas jurídicas pueden ser demandadas por accio-

nes civiles y puede hacerse ejecución de sus bienes". Entendemos que se trata de acciones civiles de cualquier índole, contractual o extracontractual, incluso resarcitorias de daños y perjuicios provocados por la actividad de dichas personas.

Finalmente venía el art. 43 que estaba así concebido: "no se pueden 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".

Se trataba de una norma que hacía excepción a la regla general de paridad jurídica sentada por los arts. 41 y 42. Pero ¿cuál era el contenido de esa excepción? A ese respecto la doctrina no era pacífica, pudiéndose clasificar los siguientes criterios diferenciales:

a) *Criterio clásico de irresponsabilidad total por hechos ilícitos.*– Según esta opinión sustentada por Segovia, Guastavino y Lafaille, el art. 43, conforme a su sentido literal, excluía todo supuesto de responsabilidad proveniente de actos ilícitos a cargo de personas jurídicas. Esta opinión ya había quedado superada por nuestra doctrina. Es que era, en verdad, impracticable por su notoria injusticia, ya que eximía a las personas jurídicas del resarcimiento de los daños que pudiesen causar sus dependientes, por ejemplo, en la vía pública, por un accidente de tránsito. Para nosotros tal inteligencia del antiguo art. 43 chocaba con el principio de igualdad ante la ley, que garantiza la Constitución Nacional (art. 16), pues introducía una discriminación irrazonable entre las personas visibles y las de existencia ideal con respecto a los daños provocados por sus dependientes.

b) *Criterio amplio de responsabilidad plena salvo con respecto a delitos criminales.*– Para una segunda opinión sostenida por Rodolfo Rivarola y Rómulo Etcheverry Boneo, y prestigiada a través de una tesis doctoral laureada del doctor Arturo Barcia López, el antiguo art. 43 sólo determinaba una exención de responsabilidad de las personas jurídicas cuando el hecho originario del daño era un delito criminal. En cambio subsistía esa responsabilidad con relación a los delitos y cuasidelitos civiles, por aplicación del art. 42.

A esa conclusión llegaban los autores nombrados por el retoque que hacían en el texto del art. 43. Fue el doctor Rivarola quien primeramente advirtió una diferencia entre el antiguo art. 43 y su fuente el art. 300 del Esboço de Freitas. Allí donde el autor brasileño dice *sendo que*, que se puede traducir por "cuando", Vélez puso "aunque", pero según esta teoría interpretativa sin querer apartarse del régimen establecido por Freitas, a quien nuestro codificador dice haber seguido "a la letra" en la nota al título de la Sección Primera del Libro primero *in fine*.

Con esta inteligencia la prohibición de ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños quedaba restringida únicamente al supuesto de delitos criminales cometidos por los miembros en común o por los administradores individualmente. Para todos los demás supuestos había lugar a responsabilidad de acuerdo con el principio general del art. 42.

c) *Criterios intermedios.*– Hay una gran variedad de matices entre los autores que se ubican en el punto intermedio entre las posiciones extremas representadas por los criterios precedentes.

Para Salvat hay que distinguir entre la responsabilidad por el hecho propio y la responsabilidad indirecta proveniente del hecho ajeno, de los obreros y empleados. La persona jurídica no respondía en razón del hecho propio, que sería el obrado por los miembros y administradores de la entidad, pero sí respondía por el hecho ajeno, es decir, por los daños causados por los individuos que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirven, o que tienen a su cuidado, según el art. 1113. La prohibición del art. 43 no alcanzaría a estas últimas situaciones.

Para Aguiar la persona jurídica estaba al margen de responsabilidad sólo cuando los miembros o administradores cometían delitos o cuasidelitos que fuesen al propios tiempo delitos criminales.

d) *Criterios derogatorios del antiguo art. 43.*– Para Spota y Borda correspondía prescindir del art. 43 y esos autores conceptuaban que era lo que había efectuado la jurisprudencia. En verdad, el intérprete no puede derogar por vía de interpretación un precepto que integra el contenido legal, sino que debe asignarle el ámbito de aplicación dentro del cual pueda funcionar apropiadamente, aunque para llegar a ello se vea precisado a recurrir a algún artificio como era el de sustituir el adverbio "aunque" del antiguo art. 43 por el adverbio "cuando", que era empleado por el autor que había inspirado a Vélez Sarsfield.

e) *Nuestra opinión.*– Nosotros entendíamos que la exclusión de responsabilidad mentada por el antiguo art. 43 se refería solamente a la hipótesis de delitos civiles cometidos por "los miembros en común o sus administradores individualmente". Aunque el texto no aclara que esos de-

litos eran los delitos civiles se imponía aceptar esa comprensión porque dentro del cuerpo legal que integraba el art. 43 los delitos son los actos ilícitos ejecutados a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otros" (art. 1072).

En suma, consideramos que subsistía la responsabilidad de la persona jurídica si se trataba de cualesquiera otros hechos que no fueran delitos civiles cometidos por los administradores de la entidad, tales como: cuasidelitos obrados por esos mismos administradores, aun cuando configurasen delitos criminales, daños causados por dependientes que no fueran administradores o dirigentes de la entidad; daños provenientes de las cosas de que la entidad se sirviera, o que tuviera a su cuidado, o que fueran de su propiedad, o daños causados por animales suyos, etcétera.

1536. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE: EL CASO "DEVOTO C/GOBIERNO NACIONAL" Y FALLOS POSTERIORES.– Hasta el año 1921 la Corte no admitió la responsabilidad civil de una persona jurídica por los hechos ilícitos obrados por sus dirigentes o por sus dependientes.

En el año 1921 se produjo una importante evolución porque la Corte reconoció la responsabilidad de una persona jurídica dedicada a la actividad naviera, por los daños imputables a la culpa de sus empleados, sin hacer explícita invocación de los arts. 1109 y 1113. Con ello interpretó tácitamente que el antiguo art. 43 no impedía hacer efectiva la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de sus dependientes.

En el año 1933 la Corte decidió el caso "Devoto y Cía. c/Gobierno Nacional". Ese juicio se originó en un daño obrado por los obreros de una cuadrilla de Telégrafos de la Nación que procedieron a prender un fuego con el propósito de hacer un asado para alimentarse sin advertir que el fuego podía comunicarse, como de hecho ocurrió, a los pastos contiguos, lo que originó el incendio del campo. Aquí la Corte admitió la responsabilidad refleja o indirecta del Estado emergente de los arts. 1109 y 1113, por el hecho de los dependientes, pero no se refirió a la posible incidencia del antiguo art. 43, sin duda por entender, acertadamente, que este precepto no obstaba a la admisibilidad de aquella responsabilidad.

Los fallos posteriores de la Corte han ratificado esa orientación interpretativa. En el año 1937 la Corte falló el caso "Quiding c/Gobierno Nacional", referente a una demanda por daños y perjuicios provenientes de un accidente de tránsito provocado por un vehículo del Ministerio de Marina. Aun cuando la sentencia es sumamente breve tiene importancia porque descarta la incidencia en el caso del antiguo art. 43 en virtud de no

tratarse de un delito. Esta misma doctrina fue aplicada en varios fallos posteriores.

En el célebre caso "Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires" resuelto en el año 1938, se discutió y admitió la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados por la expedición de un certificado erróneo del Registro de la Propiedad.

Desde entonces la Corte ha resuelto varios casos en los cuales se puso en tela de juicio la responsabilidad de las personas jurídicas, en especial del Estado, por hechos culposos de sus dependientes, en todos los cuales se pronunció por la admisión de esa responsabilidad.

Empero, el alto Tribunal no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre delitos o cuasidelitos obrados por los administradores de la entidad pretendidamente responsable, que era de quienes se ocupaba en verdad el antiguo art. 43 del Código Civil.

1537. JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA CIVIL: EL CASO "LA ROSARIO S.A., C/GOBIERNO NACIONAL".– La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal ha mantenido similares principios a los sustentados por la Corte Suprema en los fallos antes recordados.

En el juicio "La Rosario S.A., c/Gobierno Nacional", la actora como aseguradora de un automóvil que había sido dañado en un choque demandó contra el Estado el reembolso de las sumas satisfechas para reparar el vehículo asegurado.

Como el chofer del vehículo oficial había sido condenado en sede penal, con motivo del hecho dañoso, argüía el Estado que no debía responder a mérito de lo dispuesto en el antiguo art. 43. Luego de un amplio debate acerca de la cuestión planteada el Tribunal decidió por el voto de los doctores Llambías y de Abelleyra, pero con la disidencia del doctor Borda, que el antiguo art. 43 sólo excluia la responsabilidad del Estado por los delitos civiles que hubieran cometido los miembros en común de la persona jurídica o los administradores de ella, pero no eximía al Estado de la reparación de los daños producidos por su dependientes en el ejercicio de sus funciones, ni aun cuando se tratara de un ejercicio abusivo de ellas. En consecuencia la demanda fue admitida.

1538. CASO DE LAS SOCIEDADES.– El antiguo art. 1720 eximía de responsabilidad a la sociedad por los daños causados por sus administradores en el ejercicio de sus funciones, a menos que de ellos hubiese obtenido al-

175

gún provecho, y entonces su responsabilidad era en razón del provecho obtenido.

Esta norma era categórica y no admitía la morigeración que introdujo la doctrina al viejo art. 43. De ahí que en el sistema de Vélez fuese diferente la responsabilidad de las personas jurídicas y la de las sociedades civiles. Era una diferencia muy criticada que no tenía justificación alguna y que ha desaparecido luego de la enmienda del art. 1720 por la ley 17.711.

1539. REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 17.711: CRÍTICA.– La reforma del año 1968 barrió con las disposiciones de los antiguos arts. 43 y 1720.

Según el nuevo art. 43 "las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones". La fórmula "en ejercicio o con ocasión de sus funciones" ahora empleada no puede aprobarse. Ella es impropia y excesiva: impropia porque la mención del ejercicio sobra, por quedar siempre comprendido en la alusión a la ocasión de la función, de modo que con decir esto ya se dice todo, y excesiva porque la responsabilidad del comitente no tiene razón de ser sino en "ejercicio" del respectivo cometido, o sea en tanto y cuanto el agente obre en el ámbito de la incumbencia, criterio que es el adecuado para definir la responsabilidad del principal por los hechos obrados por sus dependientes que pueden constituir un engranaje anónimo de la maquinaria de la empresa, y con mayor razón lo es cuando se lo aplica a quienes conforman con su actividad la de la entidad que dirigen o administran. El obrar de éstos sólo puede ser imputado a esa entidad cuando es practicado "en el ejercicio de la función" pues sólo entonces el agente actúa como "órgano" de la persona jurídica, no cuando obra sólo con ocasión de esa función, supuesto éste en que carece de razón suficiente la imputación del daño a la entidad.

Según alguna opinión la locución "con ocasión" debe entenderse en el sentido de "con motivo". Es una tentativa plausible de comprender la fórmula legal de manera que no suscite la crítica antes señalada. Pero, lamentablemente, no se adapta al significado de las palabras: "ocasión" es la oportunidad o coyuntura que se ofrece para ejecutar un acto, en tanto que "motivo" es el factor que mueve o tiene eficacia o virtud para mover a la realización de un acto. Son dos conceptos bien diferentes que el jurista no puede asimilar, y si bien hay razón para imputar al principal el daño que el subordinado comete con motivo de la función encomendada, carece de razonabilidad atribuir a ese mismo principal los daños cometidos

por el subordinado no en el desempeño de su función sino con ocasión de ella. Con el criterio que ahora ha adoptado el legislador de 1968, la persona jurídica, sociedad civil (argumento nuevo, art. 33, 2ª, parte, inc. 2º) o simple asociación civil o religiosa (igual argumento y nuevo art. 46), responderá por los daños ocasionados en accidentes *in itinere* provocados por sus dirigentes o administradores. Nada justifica semejante latitud en la responsabilidad de las personas jurídicas, incluso simples asociaciones civiles o religiosas.

El nuevo art. 43 en su segunda parte dice: "responden también –las personas jurídicas– 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". Por este agregado surge una diferencia en el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas según que el hecho hubiere sido obrado por un dirigente o administrador de la entidad, o bien por un subordinado o empleado de ella. En el primer caso la responsabilidad se extiende hasta los daños obrados ocasionalmente por aquéllos, en tanto que en el segundo de los supuestos la persona jurídica sólo responde por los daños obrados por lo subordinados en el marco de la incumbencia, o sea en el desempeño bueno o malo de las funciones encomendadas.

Finalmente es de notar que según el nuevo art. 1720 "en el caso de los daños causados por los administradores son aplicables a las sociedades las disposiciones del título de las personas jurídicas. Es un precepto técnicamente sobreabundante ya que con lo dicho en los nuevos arts. 43 y 33, 2ª parte, inc. 2º estaba todo expresado. En rigor el antiguo art. 1720 debió ser derogado sin norma alguna de sustitución.

§ 2. Responsabilidad de los funcionarios públicos

1540. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO.– "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título" (art. 1112).

El precepto transcripto es sobreabundante porque no puede dudarse de la responsabilidad refleja del Estado por los daños que obraren los funcionarios al desempeñar irregularmente las funciones a su cargo. En cuanto a la responsabilidad del agente directo del daño es evidente, por todo lo cual el Anteproyecto de 1954 eliminó el art. 1112 del Código que no llena

papel alguno. En efecto con o sin esa disposición las soluciones son las mismas, lo que evidencia el carácter superfluo de esta disposición.

1541. RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES.– Se ha discutido si los jueces son pasibles de la responsabilidad civil por los perjuicios que puedan sufrir los litigantes, a causa de los pronunciamientos que dicten maliciosamente o por error.

En general, se distingue si el perjuicio que sufre el litigante proviene de la malicia del juez o del error en que él incurrió: en el primer caso hay responsabilidad pero en el segundo no, pues de lo contrario se vería comprometida la independencia de los jueces en la apreciación de cuestiones dificultosas, en las cuales no cabe la seguridad del acierto. Por lo demás, varios de los autores que sientan esta opinión, aun en la hipótesis de malicia del juez, supeditan la responsabilidad de éste a que previamente sea separado del cargo por el pertinente procedimiento legal.

En nuestra opinión lo fundamental es la *habilitación del enjuiciamiento* de la responsabilidad civil del juez que resulta de su alejamiento del cargo, sea que ello se determine por renuncia o por decisión de autoridad competente. Luego de habilitada la instancia judicial que permita entrar en la verificación de la responsabilidad civil del ex magistrado, no hay objeción para que se la admita, siempre que se lo encuentre incurso en *dolo* delictual o *culpa* aquiliana. Empero una decisión judicial que el litigante hubiese consentido sin interponer los recursos de apelación para ante los tribunales superiores nunca podrá comprometer la responsabilidad del ex juez que la hubiese dictado, pues, entonces, el imputado desacierto judicial habría carecido de eficiencia causal sobre un daño originado en la negligencia del propio damnificado que no interpuso los recursos procesales enderezados al remedio de aquel yerro.

En suma, lo esencial para apreciar la responsabilidad de los jueces es la *habilitación* de la instancia respectiva: *nunca* es dable examinar su procedencia si el juez se mantiene en el desempeño de su augusta función; pero *luego* de haber cesado en el cargo, procede el examen de dicha responsabilidad, que deberá estimarse comprometida si se lo considera incurso en *dolo* o *culpa*. En cuanto al criterio para medir la culpa del juez, no difiere en lo sustancial del que cuadra aplicar para apreciar la culpa del abogado (*infra*, nº 1543). Innecesario es aclarar, por lo demás, que la responsabilidad del ex juez está supeditada a la concurrencia de los requisitos indicados por los principios generales (arg. art. 1112: "... son comprendidos en las disposiciones de este título").

§ 3. Responsabilidades profesionales

1542. PRINCIPIOS GENERALES Y APLICACIÓN: JURISPRUDENCIA.– Examinaremos la responsabilidad que cuadra a los profesionales por la culpa en que incurran en el desempeño de su profesión. En esta categoría encuadran especialmente los médicos, los abogados, los escribanos, los farmacéuticos, los ingenieros, los arquitectos, etcétera.

La culpa profesional, de que aquí hablamos, puede originar daños a las personas que han requerido la actividad del profesional culpable, o puede también ocasionar daños a terceros con los cuales no mantenían tales profesionales relación jurídica alguna. En el primer caso se tratará de una responsabilidad llamada *contractual* y en el segundo caso de una responsabilidad *aquiliana*.

1543. ABOGADOS: DEBERES PROFESIONALES; NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD; CASOS DE PATROCINIO Y REPRESENTACIÓN; JURISPRUDENCIA.– La profesión del abogado tiene una trascendente importancia para la sociedad. Ella se concreta en una actividad privada, que el abogado cumple sea extrajudicialmente cuando aconseja a su cliente y lo asesora en el planeamiento de los negocios que éste realiza, sea judicialmente cuando lo defiende en un pleito o asume su representación como apoderado de su cliente.

1544.– El abogado, como el médico y otros profesionales, está obligado a mantener el *secreto profesional*, que consiste en abstenerse de revelar cuanto hubiere llegado a su conocimiento por razón de su función y cuya difusión redundaría en perjuicio de quien confió en su discreción. A él se le han confiado secretos para que conozca la verdad y pueda en consecuencia formular el asesoramiento jurídico correcto. No puede, entonces, revelar lo que debía quedar en el secreto de los intervinientes, aproximándose este deber al sigilo confesional del sacerdote.

Por razón de este deber, si se lo cita como testigo, aunque debe concurrir a la convocatoria, debe negarse a responder cuando la contestación importase a su juicio la infracción al secreto profesional.

1545.– Además del señalado deber de secreto profesional que es común a todas las profesiones liberales, el abogado está precisado a actuar en el desempeño de su función con prudencia y diligencia, velando por los

176

intereses morales o materiales que se han confiado a su ciencia y conciencia. Especialmente está ligado por una obligación de lealtad hacia el cliente en virtud de la cual luego de aceptado el patrocinio de éste, no puede revocar su voluntad para asumir la defensa del contrario, ni renunciar al patrocinio intempestivamente, ni hacerse sustituir por otro colega.

El incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– de los deberes expresados determina la responsabilidad civil del abogado cuando ello causa un perjuicio al cliente imputable a la culpa de aquél. La prueba de la culpa le incumbe al damnificado.

Al servicio de su eminente función el abogado pone de su parte toda su ciencia y experiencia. Pero si infringe los deberes que el ejercicio profesional le impone, y a causa de ello ocasiona un daño a su cliente, debe indemnizarlo.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del abogado es contractual con respecto a su cliente y extracontractual con relación a los terceros que puedan sufrir un perjuicio por el mal desempeño en su actuación profesional, por ejemplo si traba embargo sobre un bien que no pertenece a la persona contra la cual se ha decretado el embargo.

Especialmente la responsabilidad del abogado se hace efectiva cuando infringe los deberes que le incumben concernientes al patrocinio o a la representación del cliente.

Hay infracción a los deberes referentes al patrocinio si actúa negligentemente, sin estudio de la causa, articulando defensas impropias y mayormente si viola la ética profesional. Hay infracción al deber que le impone la representación de su cliente cuando no cumple los pasos procesales apropiados, por ejemplo si deja de comparecer a una audiencia o deja vencer un término. En cualquier caso la responsabilidad del abogado se establece por la *pérdida de la chance* que ha experimentado el cliente al no contar con el patrocinio o representación apropiados y la cuantía de la indemnización se establece por el grado de probabilidad que en la evitación del daño causado hubiese podido tener un comportamiento correcto.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de hacer valer la responsabilidad del abogado cuando éste ha dejado perimir un juicio en trámite por su descuido y cuando ha incurrido en un error notorio de fundamentación. No hay, en cambio, responsabilidad, si se trata de una cuestión controvertida y el abogado ha cometido un error de tipo científico sosteniendo un enfoque inadecuado pero sin incurrir en un desacierto grosero.

1546. ESCRIBANOS: DEBERES NOTARIALES; NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD, DISCUSIÓN Y DISTINTOS SUPUESTOS.– Los escribanos son funcionarios públicos según la definición del art. 10 de la ley 12.990, instituidos para recibir y redactar, conforme a las leyes, los actos y contratos que les fueran encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante ellos se expusieren. Sus deberes conciernen especialmente al otorgamiento de escrituras públicas en su libro de protocolo y realización de actos preparatorios de las mismas como solicitud de certificados, etcétera; asimismo realizan actos al margen del protocolo cuando efectúan inventarios, certificaciones de firmas, etcétera.

Según la ley de organización del notariado, los escribanos asumen una responsabilidad administrativa cuando infringen el cumplimiento de las obligaciones que las leyes fiscales les imponen; incurren en responsabilidad penal si se expiden con falsedad o violando un secreto profesional, etcétera; incurren en responsabilidad profesional si cometen transgresiones que afectan a la institución del notariado; y en fin, queda comprometida su responsabilidad civil por los daños y perjuicios que en su actuación irrogaren a las partes intervinientes o a los terceros por incumplimiento de sus deberes. Esta responsabilidad civil es la que ahora nos preocupa.

Se ha discutido cuál es la naturaleza de esta responsabilidad, si contractual o extracontractual. Nosotros pensamos que la llamada responsabilidad contractual es la que corresponde al incumplimiento de una obligación preexistente. Por tanto en esa situación se encuentra el escribano frente a cualquiera de las partes por los actos que cumple sin que haya que distinguir en cuanto a la parte que lo haya designado para intervenir en el acto, ya que la función del escribano es de la misma índole con respecto a cualquiera de las partes intervinientes. En cambio si se trata de daños sufridos por terceros ajenos al acto pasado ante el escribano, la responsabilidad de éste es extracontractual, por no mediar una relación jurídica preexistente sino consistir la infracción del escribano en la omisión de la obligación general de actuar con prudencia que le es exigible a cualquier persona.

Finalmente es de advertir que la obligación de cumplir con los deberes notariales que contrae el escribano es una obligación de resultado cuando se trata de la invalidez del acto derivada del incumplimiento de las formalidades que el escribano debe practicar, y consiguientemente para hacer valer la responsabilidad del escribano las partes no necesitan demostrar la actuación culpable del oficial público. Pero si no se trata del incumplimiento del deber de otorgar un acto formalmente válido sino del

incumplimiento de otros deberes notariales en que está en juego la actuación prudente y discreta del funcionario, para hacer valer la responsabilidad de éste es menester probar la culpa que se le imputa: por ejemplo si se le ha encomendado un estudio de títulos mal practicado, se trata de una obligación de medio, debiéndose demostrar el incumplimiento del escribano mediante la comprobación de su culpa en la actuación correspondiente.

Finalmente si la actuación del escribano frente a las partes configura un delito penal el damnificado puede optar por hacer valer la responsabilidad extracontractual de acuerdo con la opción contemplada en el art. 1107.

1547. RESPONSABILIDAD MÉDICA.– Existe *responsabilidad médica* toda vez que un médico, clínico o cirujano, en el desempeño de su labor profesional, causa por culpa suya un daño a otra persona.

1548. NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD.– Cuando el daño es sufrido por la persona a la cual atiende el facultativo, es decir el paciente que es objeto de sus cuidados profesionales, la responsabilidad del médico es la originaria que le cuadra a cualquier deudor por el incumplimiento de la obligación que ha previamente asumido, sin que sea menester identificar como contrato al hecho originario de la asistencia médica. Igualmente cae en esta órbita el daño que causa el médico al enfermo que asiste sin haber concertado un contrato con él, pues de lo que se trata es saber si ello ocurrió como incumplimiento de la obligación asumida por el médico, no interesando averiguar cómo se contrajo dicha obligación.

Si el perjuicio es soportado por un *tercero* con respecto a quien el facultativo no era deudor de prestación profesional alguna, la responsabilidad en la que incurre el médico es la proveniente de los hechos ilícitos (conf. arts. 1077 y 1109), generalmente llamada extracontractual, por ejemplo si un laboratorista que manipula una pieza infecciosa, la deja descuidadamente al alcance de un niño que se contagia la infección. Lo que identifica a esta hipótesis de responsabilidad extracontractual es que el daño lo sufra un *extraño* que no era acreedor de la prestación de algún servicio a cargo del profesional que lo perjudicó.

1549. CONTRATO MÉDICO.– Se ha discutido qué contrato es el que celebra el médico con su paciente:

a) Una primera opinión sostenida por Pothier y Duranton veía en el contrato un mandato conferido por el paciente al médico. Sin embargo, cabe observar que aquí falta toda idea de representación, y por lo demás el cometido del médico no consiste, por cierto en realizar actos jurídicos (art. 1869).

b) Una segunda opinión profesada desde antiguo por Zachariae estima que el contrato médico pertenece al tipo de la locación de servicios. Sin embargo debe señalarse que aunque el médico no asegura la consecución del resultado consistente en la curación del enfermo, tampoco presta un trabajo indiscriminado y fungible (como por ejemplo el de quien barre un piso o pinta una pared) por lo que falta una característica de la locación de servicios.

c) Otros autores consideran que el contrato médico entraña una locación de obra, por ausencia de subordinación del médico al enfermo, remuneración no medida por el tiempo sino por las características de la labor (visitas, consultas, operación, etc.) y enfoque de un *opus* médico definido que no consiste en la curación del enfermo sino en el *intento* de lograrlo por la aplicación de medios apropiados.

d) No faltan quienes han sostenido que hay aquí un contrato innominado por la imposibilidad de encasillarlo en la locación de servicios u obra.

En nuestra opinión el contrato médico *per se* carece de autonomía, pudiendo ser encuadrado como locación de obra, o bien como locación de servicios, según fueren sus concretas características, en el caso. Pero no es imprescindible encasillarlo bajo un cierto nombre, pues obligándose el médico a suministrar sus cuidados al enfermo y éste a remunerar esa actividad profesional, "ello basta para sostener que entre uno y otro ha surgido un contrato sinalagmático perfecto al que deberán aplicársele todas las reglas que el Código consagra sobre el efecto de los contratos". (Acuña Anzorena).

1550. DEBERES A CARGO DEL MÉDICO.– La obligación de prestación profesional a cargo del médico involucra una serie de deberes, que han sido puestos de relieve por la doctrina de los autores.

a) *Advertencia al enfermo:* Es un deber del facultativo hacer conocer al paciente los riesgos inherentes al tratamiento preconizado o a la operación indicada. Esta obligación no llega sin embargo al punto de que

177

ante un tratamiento sencillo se le haga conocer al enfermo la posibilidad de una complicación poco frecuente o improbable.

Cuando el estado del paciente hace desaconsejable la advertencia del médico es perentorio que éste comunique la verdad a sus parientes más próximos o a quienes ejerzan autoridad sobre el enfermo.

b) *Consentimiento del paciente:* Se considera que el médico que revisa a un enfermo debe recabar su consentimiento o en su caso, el de sus allegados más próximos para someterlo a una operación quirúrgica o un determinado tratamiento, a menos que la urgencia del problema y el peligro en la demora sean indudables, en cuyo caso el médico puede prescindir de dicho consentimiento.

c) *Exclusión de riesgos:* Es elemental que el médico debe evitar tratamientos riesgosos que pueden provocar graves daños, aunque cuente con el consentimiento del enfermo. Con mayor razón debe abstenerse de hacer experiencias con el enfermo.

d) *Cuidado en el diagnóstico:* El diagnóstico acertado de la enfermedad es fundamental para definir el método de su curación o alivio. El facultativo no está obligado a *acertar* en el diagnóstico pero debe tratar de hacerlo poniendo todo su conocimiento y aun, si el caso lo requiere, recurriendo a la opinión de colegas de mayor experiencia.

Si el médico yerra en el diagnóstico será el responsable cuando otro facultativo prudente, colocado en las mismas condiciones externas no lo habría cometido. Así pues, hay errores de diagnóstico culpables y otros que no lo son. El simple error de diagnóstico no es suficiente para responsabilizar al médico, porque lo ha señalado la jurisprudencia, "se trata de una rama del saber en la que predomina la materia opinable resultando difícil fijar límites exactos entre lo correcto y lo que no lo es". En suma, el error de diagnóstico debe estar coloreado por la culpa para que origine la responsabilidad del médico.

e) *Tratamiento apropiado:* Aunque el médico no asegura al enfermo el éxito de su curación debe instituirle, dentro de sus posibilidades, el tratamiento que sea técnicamente apropiado para alcanzar esa finalidad. Empero el fracaso del tratamiento instituido no es imputable al médico si su adopción era aconsejada por uno de los sistemas científicos vigentes, entre los cuales no le toca al juez (como han dicho los tribunales) tomar partido.

f) *Intervención quirúrgica:* Constituye un deber preciso del cirujano adoptar todas las precauciones enderezadas al logro del buen resultado de la operación: es típicamente una obligación de *medio* y no de *resultado* que se extiende a los actos anexos a la intervención misma.

1551. CIRUGÍA ESTÉTICA.– Cuadra distinguir la cirugía *estética* de la *curativa*. La primera es la que procura no curar una enfermedad sino corregir una imperfección física que no perjudica a la salud. Es una actividad lícita en cuanto procura el embellecimiento de quien se somete a la intervención con plena libertad. Pero la ausencia del presupuesto lógico de las intervenciones quirúrgicas que es la enfermedad del paciente introduce un elemento significativo par apreciar la actuación del médico cuando el embellecimiento perseguido fracasa o se causa al operado un perjuicio en su salud.

Según una tendencia la obligación del médico que practica cirugía estética cambia de naturaleza, dejando de ser de *medio* para ser de *resultado*. Para este enfoque, si el embellecimiento buscado no se consigue o si el operado sufre un daño, hay responsabilidad del médico sin que se precise probar su culpa.

Para otra concepción, que nosotros compartimos, no hay *diversidad de naturaleza* entre la obligación del cirujano común y la de quien practica la cirugía estética, sino *diversidad de criterio* para apreciar con mayor severidad la culpa del médico quien debe abstenerse de intervenir sin recabar absolutamente el consentimiento del cliente, al que debe instruir con precisión de los riesgos a correr y tratamiento a seguir, así como eludir todo experimento sobre el sujeto. Son las mismas obligaciones que asume el médico común pero agravadas en su intensidad. Y aun es dable pensar que se incurre en culpa siempre que se encara una operación estética que involucra una intervención muy grave o cada vez que no se corre el albur de un simple fracaso sino el riesgo no subestimable de enfermedad o accidente grave.

1552. TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y MATERIALES ANATÓMICOS: LEY 24.193.– Esta ley, declara que la ablación e implantación de órganos y materiales anatómicos es una técnica corriente y no experimental, pudiendo ser aplicada cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado o sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente (art. 2º). Con esta fórmula legal se denota que se trata de una *medida heroica,* que sólo puede ser realizada "por médicos o equipos

médicos registrados y habilitados al efecto por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional. Esta exigirá, en todos los casos, como requisito para la referida inscripción, la acreditación suficiente, por parte del médico, de capacitación y experiencia en la especialidad" (art. 3º).

La extracción de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, estará permitida sólo cuando se estime que razonablemente no causare un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor (art. 14).

La ablación puede ser dispuesta en vida o para que tenga lugar después de la muerte. El donante en vida debe ser mayor de 18 años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente cosanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieran nacido hijos. Siempre será indispensable el dictamen favorable del equipo médico mentado por el art. 3º de la ley (art. 15, ley 24.193).

La ablación para después de la muerte puede ser dispuesta por el sujeto para la implantación de sus órganos o de material anatómico "en humanos vivos o con fines de estudio o investigación" (art. 18). Como se ve no rigen para esta suerte de legado las restricciones impuestas a la donación en vida.

Si una persona hubiere fallecido de muerte natural, ante la ausencia de su voluntad expresa, la autorización podrá ser otorgada por las siguientes personas y en el orden en que se las enumera: a) el cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida; b) cualquiera de los hijos mayores de 18 años; c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores de 18 años; e) cualquiera de los nietos mayores de 18 años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente cosanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive. La oposición de una sola de las personas ubicadas en un mismo grado dentro del orden establecido, eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines previstos en esta ley (art. 21). En ausencia de las personas mencionadas precedentemente deberá solicitarse autorización judicial para practicar la ablación (art. cit.).

El art. 22 de la ley 24.193, modificado por la ley 25.281, prevé el procedimiento a seguir en caso de muerte violenta ante la inexistencia de voluntad expresa del causante y la ausencia de familiares.

El art. 13 de la ley 24.193 prevé la información a cada paciente y su grupo familiar, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación o implante, después de lo cual queda a la libre voluntad del dador o receptor la decisión que corresponda adoptar.

Esto significa que también para la implantación del órgano de otro en el cuerpo de una persona es indispensable el consentimiento de ésta y que la operación se realice con finalidad terapéutica indudable (arg. art. 2º ley 24.193). Queda así vedado al médico el uso del cuerpo humano de seres vivos para experiencias científicas. Por lo demás, la implantación de órganos ajenos en el cuerpo de una persona plantea cuestiones delicadas porque supone la previa ablación del órgano propio del receptor. Si a ello sigue la muerte de éste, por ejemplo, por incompatibilidad orgánica o rechazo, queda en pie la posibilidad de que él hubiera seguido viviendo sin el injerto aunque el pronóstico hubiese sido fatal.

1553. RESPONSABILIDAD.– El trasplante de órganos o de material anatómico puede dar lugar a la responsabilidad del médico actuante si infringe los requisitos antes apuntados de la ley 24.193. Fuera de ello que se relaciona con el incumplimiento del deber profesional, en este campo, la apreciación de la culpa médica depende de dos postulados esenciales, a saber: 1º) la pureza del libre consentimiento del receptor, y en su caso del dador o sus herederos; 2º) la firme e indudable creencia científica que hubiese existido sobre la conveniencia de la implantación del órgano ajeno para mejorar al enfermo. Esto último es tan fundamental como aquello, y cualquier duda al respecto entraña la convicción sobre la culpa del médico interviniente.

Finalmente, cuadra señalar que la culpa del médico es una cuestión librada a la exclusiva ponderación del juez, que no está obligado a seguir los dictámenes médicos previos, contemplados por la ley 24.193 como un modo de prevención de posibles daños, ni tampoco a los informes rendidos en el juicio por los peritos que hubiera designado (conf. art. 477 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

1554. OTROS PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR.– Los principios expuestos con relación a los médicos se aplican también a otros profesiona-

178

les del arte de curar como dentistas, parteros, pedicuros, enfermeros, masajistas y por extensión a los veterinarios con respecto a los animales que atiendan. En cuanto a los farmacéuticos cuadra distinguir según su actuación sea como profesional o como comerciante: en el primer caso responden por falta de cuidados o impericia en la preparación de recetas o medicamentos que les hubiesen sido encargados; en el segundo caso por el incumplimiento al deber de seguridad que como vendedor de una droga ha asumido cuando el medicamento ya elaborado no está en buenas condiciones, y especialmente si está vencido el tiempo de vigencia para su expendio. Por otra parte, si el defecto del medicamento vencido es de origen, el damnificado puede también hacer valer la responsabilidad del fabricante o productor.

1555. PROFESIONALES DE LA CONSTRUCCIÓN: DIVERSOS SUPUESTOS; NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD; DESLINDE CON LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO POR CAÍDA DE MATERIALES, JURISPRUDENCIA.– Los profesionales de la construcción despliegan su actividad, según el caso, los ingenieros y arquitectos, en el estudio y proyecto de la obra constructiva, o en la dirección de los trabajos de ejecución, y los constructores, como empresarios de la edificación.

Asimismo los ingenieros y arquitectos pueden poner sus conocimientos técnicos al servicio de la administración, o actuar como auxiliares de la justicia en calidad de peritos. En ambos casos participan de la realización de una función pública –los peritos, ciertamente, de modo accidental– que hace que su actividad quede involucrada en el juego del art. 1112 (véase *supra*, nº 1540) y por tanto escape a las normas y criterios que rigen la actividad estrictamente profesional que acá contemplamos.

1556.– Cuando un profesional de la construcción contrata la prestación de sus servicios a favor de su cliente, con referencia al proyecto, la dirección o la construcción de una obra, celebra un contrato de *locación de obra* y se compromete a cumplir una serie de obligaciones. Por tanto, si no cumple tales obligaciones, o las realiza deficientemente incurre en responsabilidad *contractual,* u ordinaria, que se rige por las normas generales de la teoría de la obligación –arts. 505 inc. 3º, 506, 508, 509, 511, 512, 519 a 522, 625, 628 a 631– complementadas por las especificadas en el contrato de locación de obra (arts. 1629 a 1647 bis).

Si los perjudicados son personas ajenas a la vinculación jurídica que el profesional de la construcción mantiene con el comitente de la obra, él

puede estar incurso en responsabilidad *extracontractual,* quedando al margen dicho comitente, porque no juega en el caso la responsabilidad del principal.

Finalmente, está la situación del dueño con respecto a los terceros dañados por la caída de materiales, en cuyo caso hay que distinguir según que el edificio se encuentre en construcción o que ya esté terminado: si está en construcción no es responsable el dueño, sino exclusivamente el constructor, cuando el daño se origina en la mala realización de los trabajos constructivos, por ejemplo, falta de aseo y precauciones del personal que ha trabajado en la obra, lo cual se traduce en salpicaduras sobre propiedades vecinas, o desprendimiento de cascotes y otros materiales utilizados en la obra que han ocasionado roturas y deterioros en los edificios existentes, o golpes, y vibraciones y debilitamiento en la pared lindera por construcción de canaletas durante el proceso de la construcción. Esos daños no comprometen al dueño, puesto que son realizados por culpa del constructor o empresario, y consiguientemente, cuando el damnificado quiere hacer valer la responsabilidad del dueño de la cosa, éste puede eximirse estableciendo que el origen del daño es la culpa de un tercero por quien él no debe responder, conforme a la exención prevista en el nuevo art. 1113, segunda parte. Pero si el edificio está ya terminado, el defecto constructivo compromete al dueño, que también es el guardián del edificio, y consiguientemente él responde por los perjuicios que sufriere cualquier persona por desprendimientos o caídas de los materiales involucrados en la construcción, sin perjuicio, en este caso, de volverse contra el constructor cuando puede acreditar que el origen del daño se encuentra en la culpa de éste.

§ 4. Responsabilidad por accidentes de trabajo

1557. PLANTEO DEL ASUNTO.– El auge que cobró el maquinismo desde comienzos del siglo XIX, suscitó un aspecto de la cuestión social que preocupó hondamente a los juristas: la aparición de los accidentes de trabajo que fueron en aumento a raíz de la creciente familiaridad de los obreros con el uso de la máquina, que los llevaba a cometer actos de descuido rutinario que derivaban en accidentes dañosos para ellos.

1558. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRONAL.– Es del mayor interés el estudio, siquiera sumario de las soluciones que se elaboraron en

doctrina y jurisprudencia para encarar la cuestión planteada y satisfacer al obrero damnificado, y en caso de muerte a sus causahabientes, la reparación del perjuicio sufrido.

a) *Tesis de la culpa cuasi-delictual:* Esta opinión, considerando que el accidente de trabajo era un hecho extraño al contrato de trabajo aplicaba las reglas de la responsabilidad por los hechos ilícitos. Como la realidad es que en la mayor parte de los casos, los accidentes se producen sin culpa alguna del patrón, las pretensiones de los accidentados quedaban insatisfechas.

b) *Tesis de la culpa contractual:* Para este punto de vista el accidente importe por parte del empleador el incumplimiento de un deber contractual de seguridad. Como al tiempo de formularse esta teoría el deber de seguridad no estaba dispuesto por ley alguna, se le objetó, con razón, que se trataba de un deber creado por la mera voluntad del intérprete. Sin embargo, la objeción ha desaparecido en la actualidad, ya que la legislación laboral ha dado sustento normativo al deber de seguridad.

c) *Teoría del riesgo profesional:* Según esta concepción quien hace trabajar a otra persona en su beneficio, encomendándole la realización de actividades que entrañan para ella un peligro, debe indemnizarla cuando el riesgo se concreta en la efectividad de un daño para el trabajador.

Esta teoría, es la que, en mayor o menor grado, recogen las leyes sobre accidentes de trabajo. Importa señalar, sin embargo, que de no existir una norma legal expresa, la sola idea del riesgo sería insuficiente para fundar la responsabilidad del empleador.

1558 bis. LEY 9688 DE ACCIDENTES DE TRABAJO. LEY 24.028. LEY 24.557.– En el año 1915, siguiendo el movimiento general legislativo iniciado por la ley francesa de 1898, en nuestro país se dictó la ley 9688, de accidentes de trabajo, que rigió hasta 1991, aunque con numerosas modificaciones. En 1991 se sancionó la ley 24.028. En 1995 se sancionó la ley 24.557 que es la que rige en la actualidad.

1558 ter. LEY 24.557. SEGURO OBLIGATORIO Y AUTOSEGURO.– La ley rige para todos los que contraten trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación.

Los empleadores podrán *autoasegurar* los riesgos del trabajo, siempre que acrediten con la periodicidad que fije la reglamentación solvencia económico-financiera para afrontar las prestaciones de la ley y garanticen los servicios necesarios para otorgar las prestaciones de asistencia médica y demás previstas (art. 3º, 2. a) y b).

Quienes no acrediten ambos extremos deberán asegurarse *obligatoriamente* en una "aseguradora de Riesgos del Trabajo" (A.R.T.) de su libre elección (art. 3º, 3).

El Estado nacional, las provincias, sus municipios y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, podrán igualmente asegurarse (art. 3º, 4).

Bajo el régimen de las leyes anteriores, era libre para el empleador el contratar o no un seguro de accidentes de trabajo.

1559. RESPONSABILIDAD ESPECIAL DEL EMPLEADOR.– El empleador es responsable por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

De acuerdo con el art. 6º de la ley 24.557 "se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar del trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiera interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo".

De acuerdo con el mismo art. 6º "se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado de enfermedades profesionales que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo anualmente".

1560. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD ESPECÍFICA.– En cuanto al *fundamento* de la responsabilidad específica del empleador, reside en el *deber de seguridad* del trabajador que es inherente al contrato de trabajo sin desatender el *riesgo profesional* que la equidad sugiere poner a cargo del empleador. También se ha acudido en algunos fallos, para sustentar esta responsabilidad, al *estado de dependencia* del trabajador y al criterio de la *solidaridad social.*

En cuanto a la *naturaleza* de esta responsabilidad específica, la doctrina general admite que es de *fuente contractual.*

1561. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD ESPECÍFICA DEL EMPLEADOR.– Este tipo de responsabilidad por accidente de trabajo presenta las siguientes características: a) es *objetiva* porque se basa en el riesgo profesional, siendo ajena a la culpa del empleador; b) es de *orden público,* no pudiendo renunciar a ella el trabajador; c) es *tarifada* o limitada, pues

179

la indemnización, que se mide en función del grado de déficit de la capacidad laborativa del accidentado, está sujeta a un tope legal. Así en el caso de incapacidad permanente total, además del retiro por invalidez que establece el régimen previsional "percibirá asimismo en las condiciones que establezca la reglamentación, una prestación de pago mensual complementaria a la correspondiente al régimen previsional. Su monto se determinará actuarialmente en función del capital integrado por la A.R.T.. Este capital equivaldrá a 43 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por un coeficiente que resultará de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante y no podrá ser superior a los $ 55.000 (art. 15, apartado 2, ley 24.557). En caso de muerte los derechohabientes tendrán derecho a la pensión previsional por fallecimiento y a la prestación mensual complementaria del art. 15 (misma ley, art. 18); d) está organizada siguiendo el *criterio de la transacción,* según el cual la mayor facilidad de cobro de la indemnización por el obrero y la menor posibilidad del empleador de eximirse de ese pago está compensada por la fijación de un importe resarcitorio inferior a la efectividad del daño sufrido por el accidentado; e) es *inembargable* y está fuera del comercio, ya que la ley les acuerda las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos (art. 11, ley 24.557); f) constituyen un *crédito privilegiado* (conf. art. 11, ley 24.557; arts. 241, inc. 2º y 246, inc. 1º, ley 24.522); g) es de *cobro asegurado* a cargo de un fondo de garantía para el caso de insuficiencia patrimonial del empleador (art. 32, ley 24.557) y de un fondo de reserva para cubrir las prestaciones que las A.R.T. dejen de abonar como consecuencia de su liquidación (misma ley, art. 34).

1562. CESACION DE LA RESPONSABILIDAD ESPECIAL.– De acuerdo con el art. 6º, apartado 3 de la ley 24.557, están excluidos de la misma: "a) los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo; b) las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación".

1563. TITULARES DE LA INDEMNIZACION ESPECIAL.– Lo son el *trabajador* accidentado y en caso de muerte de éste, sus derechohabientes, según la prelación y proporciones que fija la ley.

Aunque no nos corresponde estudiar las condiciones en las cuales los derechohabientes del trabajador fallecido acceden a la indemnización, señalamos que se consideran derechohabientes a los efectos de la ley 24.557 (art. 18) a las personas enumeradas en el art. 53 de la ley 24.241, quienes concurren en el orden de prelación y condiciones allí establecidos.

1564-1565. ACCIÓN DE DERECHO COMÚN.– La ley 24.557 ha introducido una reforma muy importante en este tópico, cambiando así el criterio que habían seguido las leyes 9688 y 24.028.

En el régimen actual las prestaciones de la ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil con relación a los trabajadores y a sus derechohabientes, con la única excepción de la derivada del art. 1072 del Código Civil.

Esto significa que el accidente de trabajo no engendra responsabilidad civil para el empleador, a menos que éste haya cometido un delito civil.

En este caso, el trabajador puede reclamar los daños y perjuicios del derecho civil y sin perjuicio de ellos las prestaciones de la ley 24.557.

La cuestión está regida por el art. 39 de la ley 24.557 que dispone:

"1. Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Código Civil.

"2. En este caso, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar la reparación de los daños y perjuicios de acuerdo a las normas del Código Civil.

"3. Sin perjuicio de la acción civil del párrafo anterior el damnificado tendrá derecho a las prestaciones de esta ley a cargo de las A.R.T. o de los autoasegurados.

"4. Si alguna de las contingencias previstas en el art. 6º de esta ley, hubieren sido causadas por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la A.R.T. o del empleador autoasegurado.

"5. En los supuestos de los apartados anteriores, la A.R.T. o el empleado autoasegurado, según corresponda están obligados a otorgar al damnificado o a sus derechohabientes la totalidad de las prestaciones prescriptas en esta ley, pero podrán repetir del responsable del daño causado el valor de las que hubieran abonado, otorgado o contratado".

Bajo el régimen de las leyes 9688 y 24.028, el trabajador accidentado podía optar por encuadrar su pretensión resarcitoria dentro de las normas del derecho común, pero no podía acumular las indemnizaciones de la legislación especial. Ambos sistemas eran excluyentes, y la elección de una vía o la percepción de valores en virtud de una de ellas implicaba la renuncia a la otra.

1566-1567. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE DERECHO COMÚN.– La acción de derecho común contra el empleador que con carácter excepcional autoriza el art. 39 de la ley 24.557, es de naturaleza extracontractual.

Ello es así porque la acción sólo procede en el caso del art. 1072 del Código Civil, es decir, cuando ha promediado un delito civil (ver *supra*, núms. 1141 y sigs.).

1568. ACCIÓN DE DERECHO COMÚN EJERCIDA POR TERCEROS.– Si la acción de derecho común es ejercida por *terceros* damnificados por el hecho del accidente, para obtener la pertinente indemnización, tendrán que justificar los presupuestos de la responsabilidad *extracontractual,* única que ellos en su calidad de extraños al contrato de trabajo pueden invocar. Por tanto, tendrán que ubicar su reclamo dentro del esquema de los cuasi-delitos, ya como un caso de *responsabilidad por el hecho propio* (*supra,* núms. 1309 y sigs.), de *responsabilidad por el hecho ajeno* (*supra,* núms. 1468 y sigs.), o de *responsabilidad por el hecho proveniente de las cosas* (*supra,* núms. 1498 y sigs.) o *animales* (*supra,* núms. 1520 y sigs.). Según fuere el encuadre que corresponda a la pretensión resarcitoria de los terceros damnificados, diferirán los requisitos condicionantes de dicha pretensión y las consiguientes exigencias probatorias.

§ 5. Accidentes de automotores

1569. AUSENCIA DE LEGISLACIÓN ESPECIAL.– En nuestro país a diferencia de muchos países extranjeros no existe una legislación de fondo que regule específicamente los daños que sufren los terceros a causa de la circulación de los automotores, pese a que se ha lamentado la omisión del legislador. Diversamente, el legislador de 1968, advirtiendo sin duda esa laguna, no la colmó con las precisas disposiciones del derecho comparado referentes a automotores o máquinas semejantes, sino con normas generales que en el decir de Brebbia "pueden funcionar bien en un ámbito especial, pero que conducen al caos al ser erigidas como sistema general de la responsabilidad civil".

Al señalar la ausencia de normas específicas sobre daños causados por automotores, dejamos de lado las normas de policía de tránsito como la ley 24.449 de Tránsito y Seguridad Vial y diversas disposiciones provinciales y municipales, que por su propia naturaleza no son idóneas para regular la materia relativa a la responsabilidad civil, que no puede tener su lugar sino en el Código Civil (art. 75, inc. 12, Const. Nac., texto 1994).

Sin embargo esas normas en cuanto establecen criterios técnicos y prácticos, sobre velocidades máximas, prioridades de paso, etcétera son útiles para apreciar la conducta del automovilista y caracterizar su culpa, ya que su infracción implica "la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 512).

Así, pues, cuando el damnificado por el impacto de un automóvil, acredita la culpa del conductor, éste queda obligado a la reparación del perjuicio, dentro del marco legal de lo dispuesto por el art. 1109. Empero, independientemente de lo expuesto, como puede resultarle dificultoso al perjudicado probar la culpa del conductor del vehículo, o no serle satisfactorio por la insolvencia de éste, el sistema legal instituido por el nuevo art. 1113, reformado por la ley 17.711, ofrece a dicho damnificado facilidades para obtener reparación no sólo a cargo del conductor sino del dueño del vehículo, o del guardián, según el caso.

I) DAÑOS CAUSADOS CON AUTOMOVILES

1570. CARACTERÍSTICA DEL HECHO.– Queda encuadrado en la previsión del nuevo art. 1113, segundo párrafo, cláusula primera, el *daño causado por el conductor del automóvil mediante el impacto del vehículo a terceros, en su persona o en sus bienes.* Por ejemplo si por razón de la impericia o temeridad del automovilista, éste atropella a un transeúnte. El elemento esencial del evento para que pueda ser caracterizado como *daño causado con un automóvil* reside en la identificación del *conductor* del vehículo como individuo *causante* del daño, que hasta puede ser incriminado penalmente por homicidio o lesiones, si fuese el caso.

Jurisprudencia

1571. SUJETOS RESPONSABLES.– Lo son, el *dueño* del vehículo, con el cual se dio el impacto dañoso y el *conductor* del automóvil, a quien el texto legal denomina impropiamente *guardián.*

1572. FUNDAMENTO DE ESTA RESPONSABILIDAD: PRESUNCIÓN DE CULPA.– La presente responsabilidad se sustenta en una presunción legal de culpa que se atribuye sea al dueño del vehículo, sea al conductor (arg. art. 1113: "... para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa"). La presunción legal de culpa está justificada. Con respecto al conductor, por la experiencia documentada por las estadísticas, según la cual la mayoría de los accidentes automovilísticos ocurren por un manejo desacertado, imprudente, etcétera, de los respectivos conductores. Y con relación al dueño porque él no puso en práctica sus poderes jurídicos sobre el automóvil a fin de impedir que fuese manejado por quien resulta presunto culpable del daño.

1573. INVERSIÓN DEL CARGO DE LA PRUEBA.– Empero, la presunción que la ley establece es *juris tantum,* pudiendo los reputados culpables desvirtuarla acreditando su ausencia de culpa (conf. art. 1113, segundo párrafo, cláusula 1ª), es decir, que conforme a las probanzas aportadas por ellos, no hay reproche alguno que se les pueda formular por la ocurrencia del daño.

Es, como se ve, un sistema de inversión de prueba sobre la culpa. El damnificado se ve aliviado de producir la prueba de la culpa, puesto que la ley la presume. Pero la presunción legal no es irrefragable y los imputados pueden demostrar su *ausencia de culpa,* a través de cualquier medio de prueba, incluso la de presunciones, que tenga la idoneidad suficiente para establecer su inocencia con respecto al daño.

1574. REQUISITOS A ACREDITAR POR EL DAMNIFICADO.– Cuando el damnificado alega la invocación de la presente responsabilidad, para justificar su procedencia debe acreditar: 1º) el *daño* que él ha sufrido; 2º) el *contacto* con el automóvil, de donde proviene ese daño. Es claro que si el demandado negare ser el *dueño* del automóvil por cuyo contacto sobrevino el daño, o desconociera haber sido el *conductor* del vehículo, esos extremos deberán ser probados por el demandante.

Con respecto al *dominio* del automotor, se establece por la inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor si se trata de vehículo inscripto, y por la posesión de buena fe, cuando el automóvil no figure en dicho Registro.

El art. 27 del decreto-ley 6582/58 (Régimen Jurídico del Automotor, t.o. por el dec. 1114/97, *B.O.* del 29/10/97) establece que "hasta tanto se inscriba la transferencia el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, en su carácter de dueño de la cosa. No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquél, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes él no debe responder, y que el automotor fue usado en contra de su voluntad".

1575. QUID DE LA PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD CUANDO INTERVIENEN VARIOS AUTOMOTORES.– Se ha controvertido si subsiste la responsabilidad presunta que se examina cuando el hecho originario del daño es un *choque* de dos o más automotores. La cuestión debe analizarse, según que el damnificado sea un *tercero* o alguno de los *implicados* en el choque.

1576. A) DAÑO A TERCERO.– Reiteradamente se ha decidido que cuando la víctima del choque de dos o más automóviles es una *persona extraña,* ésta no tiene por qué investigar la mecánica del hecho y determinar cuál de los conductores fue el culpable, pudiendo dirigir su acción contra uno o contra todos los implicados, sin perjuicio de las acciones que a su vez puedan corresponder a los autores del hecho, entre sí. En la misma situación de legitimación pasiva se encuentran los dueños de los respectivos vehículos.

Empero, como contrapartida de la ventaja expuesta, el demandante puede fracasar en su pretensión resarcitoria si el demandado que ha elegido comprueba su ausencia de culpa. Es siempre la consecuencia del régimen legal aplicable que le permite al demandado ejercer esa defensa. Ello hace recomendable incluir en la demanda bajo la forma de litis-consorcio facultativo a todos los presuntos responsables que verosímilmente puedan tener mayores dificultades en la demostración de su ausencia de culpa.

1577. B) DAÑO A IMPLICADO EN EL CHOQUE.– Cuando el damnificado ha participado en el choque de vehículos, como conductor de alguno de los rodados, una jurisprudencia bastante difundida estima que él no puede invocar a su favor el régimen de inversión de la prueba de la culpa, y con-

siguientemente, para obtener la indemnización está precisado a probar la culpa del conductor del otro automóvil que intervino en el accidente con arreglo a los principios generales del art. 1109, sin poder alegar una presunción de culpa que –se dice– resultaría neutralizada por la presunción contraria que igualmente podría alegar el conductor del otro automóvil. Es una comprensión que no nos parece apropiada, como ya hemos tenido ocasión de manifestar (véase *supra,* nº 1400). Lo que cuadra es distinguir si a raíz del choque se ha suscitado un *daño único,* o si hay *daños recíprocos:* en el primer caso, la presunción de culpa a favor del damnificado funciona limpiamente, pues no hay otra alguna en juego ya que él no puede ser reputado culpable de un daño inexistente. En cuanto al caso de los *daños recíprocos,* no hay neutralización de presunciones encontradas, sino verificación de que tratándose de un *único hecho dañoso,* el funcionamiento de las aludidas presunciones desemboca en la conclusión de que ambos implicados son conjuntamente reputados culpables de ese hecho, y por ende están obligados a la reparación. Pero ¿cuál es la cuota que le toca a cada uno? Por la influencia del principio de *causalidad paritaria* (véase *supra,* nº 1399) al que hay que estar cuando no hay responsabilidad diferencial de los implicados cada uno queda obligado a indemnizar el 50% del daño que contribuyó a causar y que ha sufrido el otro implicado. Esto también se expresa, con la aprobación de eminentes autores extranjeros, diciendo que en el presente caso corresponde constituir una masa de los daños causados que deberán ser soportados paritariamente por los autores del hecho dañoso.

La solución expuesta fue la adoptada por el art. 1092, segunda parte, del Anteproyecto de 1954.

1578. CULPA EN LA CONDUCCIÓN DEL AUTOMOTOR.– Hay culpa del automovilista o conductor del vehículo siempre que él transita a velocidad excesiva o incurre en maniobras desacertadas u omite las que debió adoptar para evitar el daño. La doctrina y la jurisprudencia han sentado una serie de pautas a fin de apreciar la culpa del automovilista. Las reseñaremos a continuación, advirtiendo que ellas no han perdido trascendencia pese a la inversión de prueba sobre la culpa instituida por el nuevo art. 1113, párrafo 2º, parte 1ª, pues ellas son valiosas para apreciar la prueba de descargo del automovilista.

1579. a) *Criterio de afinación de la culpa.*– Desde bastante antes de la reforma aportada por la ley 17.711 y también después, la jurisprudencia

ha sentado este criterio según el cual, tratándose de accidentes causados por el manejo de automotores es menester afinar el concepto de culpa, bastando la comprobación del mínimo descuido o negligencia para que surja la responsabilidad del agente. Es una norma de ponderación de la conducta del automovilista que se atiene a las directivas del art. 512 y que merece aprobación. Por otra parte no ha de extrañar que se compute la más leve culpa para comprometer al automovilista que se mueve en área extracontractual, en la cual desde la Ley de Aquilia de los romanos, este tipo de conducta era suficiente para originar la obligación de reparar el daño causado (véase *supra,* núms. 125 y sigs.).

1580. b) *Falta de control del vehículo.*– Como una consecuencia del criterio anteriormente expuesto se considera que incurre en culpa el automovilista que no mantiene en todo momento bajo su control el vehículo que conduce, de modo de poder superar las contingencias que se le presenten en el curso de su recorrido.

1581. c) *Presunción de culpa del embestidor.*– En todo accidente de tránsito se presume la culpa del conductor del vehículo que ha dado el impacto, sea sobre otro vehículo, sea sobre una persona.

1582. d) *Prioridad de paso.*– Cuando tiene lugar un accidente de tránsito es fundamental averiguar, para discernir lo concerniente a la culpa, cuál de los implicados tenía derecho prioritario de paso. Todo transeúnte goza de ese derecho en las sendas peatonales y, donde no las hubiera marcadas, en el lugar que corresponde a la prolongación imaginaria de la vereda en sentido longitudinal. En las bocacalles de las ciudades la preferencia de paso de vehículos que arriban simultáneamente le pertenece al que se presenta por la derecha del otro: si falla la simultaneidad del arribo, no juega la prioridad del paso sobre esa base. En las carreteras y en general en zona rural tiene prioridad de paso el automotor que transita por el camino o ruta principal.

Un criterio esencial sobre esta materia reside en que la prioridad de paso no acuerda un derecho a la impunidad ni a arrasar con todo lo que se presenta en el recorrido del vehículo. Siempre el automovilista está precisado a conducir con prudencia y a velocidad moderada a fin de evitar la consumación de todo daño previsible a tercero.

184

1583. e) *Velocidad excesiva.*– Una proporción importante de los daños que son causados por los automovilistas resultan provocados por la velocidad impresa al vehículo. En tales supuestos el análisis de la situación revela que si el conductor hubiera transitado a una velocidad más moderada, hubiese logrado detener el rodado sin daño a otra persona o el impacto habría sido menos perjudicial. Ahora bien: para concluir si el conductor fue culpable, total o parcialmente, es menester apreciar si él, con arreglo a las circunstancias, conducía a una *velocidad excesiva.*

1584. f) *Infracción a otras reglas de tránsito.*– Fuera de las hipótesis comentadas el automovilista incurre en culpa cuando comete cualquier infracción a las normas de tránsito, con tal que tenga eficiencia causal con respecto al accidente sobrevenido a raíz de ello.

1585. CULPA DE LA VÍCTIMA.– Cuando el conductor prueba que la causa del accidente reside en la culpa de la víctima, él queda liberado de responsabilidad.

1586. CULPA CONCURRENTE.– Si el accidente ocurre por culpa concurrente del conductor del vehículo que dio el impacto y del damnificado, la indemnización se reduce en proporción al grado de eficiencia causal que tuvo este último factor.

1587. CULPA DE UN TERCERO.– Cuando el daño provocado por el impacto de un automotor obedece a la culpa de un tercero el conductor no es responsable ya que entonces, él está exento de culpa. Es el supuesto en que el automóvil acciona como un elementos pasivo de simple transmisión de la energía que ha recibido por una impulsión extraña, en la cual reside la efectiva causalidad del daño.

1588. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.– Queda excluida la responsabilidad presunta del conductor del automóvil cuando él prueba que la causa del daño no reside en su culpa sino en un caso fortuito o fuerza mayor.

II. DAÑOS CAUSADOS POR VICIO DEL AUTOMOTOR

1589. REMISIÓN.– Son aplicables a esta materia los principios y normas que hemos estudiado *supra* números 1506 y siguientes adonde remitimos al lector.

Conviene insistir en que dada la índole del daño, el conductor del vehículo no es responsable, pues él no es agente culpable del hecho dañoso: la responsabilidad le incumbe al guardián que es quien debía mantener el automóvil en un estado exento de vicios. Aunque no es forzoso que las calidades de conductor del vehículo y de guardián, coincidan en la misma persona, puede ser que ello ocurra, pero entonces el sujeto responsable lo será en cuanto guardián y no por haber conducido el vehículo al tiempo del daño.

III. DAÑOS CAUSADOS POR EL RIESGO DEL AUTOMOTOR

1590. REMISIÓN.– Las normas referentes a los daños causados por el riesgo de las cosas son estrictamente aplicables a los daños causados por el riesgo del automotor. Por tanto, remitimos al lector a lo explicado acerca de aquel asunto (*supra* núms. 1506 y sigs.).

1591. TENDENCIA JURISPRUDENCIAL GENERALIZADA.– Una tendencia jurisprudencial involucra, en el sistema legal relativo a los daños causados por el riesgo de la cosa, a todos los accidentes de tránsito ocurridos con la intervención de automotores. Es una opinión que se basa en la suposición de que si el legislador hubiera enunciado las hipótesis de la responsabilidad por riesgo de la cosa, habría incluido los daños originados por la circulación automotriz.

Nosotros pensamos que esta comprensión está reñida con la inclusión en el mismo precepto legal de dos supuestos que no es dable confundir, a saber: 1) daños causados *con* la cosa, en nuestro caso el automotor y 2) daños causados por el *riesgo* del automotor. Son dos supuestos que se gobiernan por reglas distintas (véase *supra,* nº 1498) no pudiéndose confundir uno por otro: si un caso dado cae bajo uno de esos dos regímenes, lógicamente queda excluido del otro. Ahora bien: el daño causado *con* un automóvil es un hecho humano o acto que tiene un autor o sujeto agente que puede hasta ser incriminado penalmente por el delito de lesiones o de

homicidio que hubiera causado a su víctima. Bajo el ángulo de la responsabilidad civil ese caso queda encuadrado en el párrafo segundo, parte primera del art. 1113 –daño causado con la cosa– como lo acredita una copiosa jurisprudencia y por ello mismo no puede caer bajo la regulación del art. 1113, párrafo segundo, parte segunda, referente a los *daños causados por el riesgo* de la cosa, fórmula ésta sólo comprensiva de supuestos en que no hay autoría humana ni posibilidad de sancionar penalmente a un autor del hecho o sujeto agente que en la hipótesis no existe.

Esta consideración, que priva de sustento racional a la tesis generalizadora que objetamos, obliga a excluir del marco de los daños causados por el riesgo del automóvil todos los casos en que el daño es la obra de un sujeto agente, que lo ha causado sea porque el daño responde a la finalidad perseguida, sea porque resulta de una conducta imprudente o negligente que se trasunta en la conducción del automóvil instrumentada para la consecución de los propios fines.

1592. CUÁL ES EL DAÑO CAUSADO POR EL RIESGO DEL AUTOMOTOR.– Para esclarecer este punto es menester aplicar a este caso la noción ya elaborada de *riesgo de la cosa* (véase *supra,* núms. 1318-1319). Por tanto diremos que el daño es causado por el riesgo del automotor *cuando deriva de la eficiencia causal de un automóvil, sin que medie autoría humana.* Son los dos elementos característicos conocidos: uno positivo consistente en la eficacia causal del vehículo con respecto al daño, y otro negativo, configurado por la ausencia de autoría humana también con relación al daño. En cambio si hubiera un autor del hecho, saldría el evento de este encasillamiento porque el vehículo no habría tenido una función causal sino instrumental.

1593. PRESUNCIONES DE RIESGO ENCONTRADAS.– Cuando se produce una colisión de vehículos se trata de saber si el propietario de alguno puede alegar contra el dueño del otro para pretender la reparación del perjuicio que sufrió el suyo, la presunción de responsabilidad inherente al riesgo del automotor. Es una cuestión similar a la examinada *supra* número 1405, que cuadra solucionar por el juego de criterios algo distintos a los explicados en ese lugar.

a) Cuando del choque de los vehículos resulta un *daño único,* sólo el propietario perjudicado puede invocar con respecto al otro la presunción de responsabilidad sentada por el art. 1113, párrafo segundo, segunda parte. Es un asunto claro porque para el vehículo que salió indemne de la colisión, la presencia del otro en el lugar no le significó riesgo alguno puesto que en nada lo perjudicó.

b) Cuando resultan *daños recíprocos,* cada damnificado puede invocar la presunción de responsabilidad por riesgo a cargo del dueño o guardián del otro vehículo que chocó con el propio. Luego cada cual deberá indemnizar el perjuicio sufrido por el otro, sin que en esta situación pueda hacerse la división de los daños que hemos preconizado cuando se trataba de presunciones de culpa encontradas (véase *supra,* nº 1400) porque acá falla la autoría humana que era el elemento fundante de esa solución. Por otra parte, el criterio, resulta justo ya que quien ha ocasionado por la presencia de su automóvil en el lugar el mayor daño, también es deudor de la mayor indemnización.

Corroborando lo expuesto se ha decidido que "la responsabilidad del dueño o guardián emergente de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores en movimiento, no debe encuadrarse en la órbita del art. 1109 del Código Civil" (CNCiv., en pleno, *E.D.,* t. 161, pág. 402).

1594. QUID DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.– En nuestra opinión la reparación del daño moral queda marginada en los supuestos de mero riesgo del automotor, porque en estos casos la responsabilidad es objetiva, y resulta incongruente incluir dentro de su ámbito un tipo de reparación que tiene un fundamento punitivo y ejemplar: si como se ha dicho la reparación del daño moral es una pena civil que reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor, no cabe su aplicación cuando no hay ofensor alguno sino empleo lícito de una cosa riesgosa. De ahí que si el damnificado pretende la reparación del agravio moral que ha sufrido, está precisado a probar la *culpa* del autor del hecho, lo que significa salir del área de la responsabilidad por el riesgo de la cosa.

§ 6. Accidentes ferroviarios

1595. NOCIÓN.– Se presenta el accidente ferroviario cuando alguien sufre, en su persona o en sus bienes, un daño a causa de la circulación de los trenes. La víctima puede ser un *pasajero o un tercero* ajeno al transporte ferroviario.

182

1596. A) DAÑO AL PASAJERO: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.– La empresa ferroviaria celebra con el viajero un contrato de transporte por el cual éste se obliga a satisfacer el precio del boleto o pasaje y aquélla a conducir sano y salvo al pasajero hasta el lugar de destino. El accidente que le ocurre al viajero durante el curso del transporte constituye el incumplimiento de esa obligación de resultado contraída por la empresa, y compromete la responsabilidad de ésta, salvo "que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable" (art. 184, Cód. de Com.). Es la inversión de prueba característica de la responsabilidad contractual.

Por lo demás, la responsabilidad a cargo de la empresa ferroviaria, no es *retaceable:* ella está "obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario" (art. 184, Cód. de Com.). Ello significa que por el carácter de monopolio del servicio público ferroviario, quedan excluidas de este contrato las cláusulas limitativas de responsabilidad (véase *supra*, nº 137) por daño a la persona del pasajero.

Finalmente conviene apuntar que el titular de la indemnización a que nos estamos refiriendo es el *propio viajero* quien por su muerte transmite a sus *herederos* la acción resarcitoria de los daños patrimoniales que hubiere sufrido hasta el momento del fallecimiento.

1597. B) DAÑO A TERCEROS: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.– Cuando el damnificado por el accidente ferroviario es un *tercero,* rigen las normas de la *responsabilidad extracontractual.* Consiguientemente varía el sujeto responsable del daño según las características que tenga el hecho dañoso.

a) Cuando el daño sea el resultado de la acción culpable del *maquinista* del tren, por ejemplo si le imprimió al convoy una velocidad excesiva, o no anunció con las pitadas reglamentarias su llegada a un paso a nivel sin barreras, aquél será responsable como autor del hecho y hasta puede ser incriminado penalmente. En ese supuesto juega el régimen de inversión de prueba previsto en el art. 1113, párrafo segundo, primera parte, por lo que el damnificado no está precisado a probar la culpa del maquinista, sino éste para eximirse debe acreditar su ausencia de culpa.

Diversamente, si el daño ocurre por no haber bajado la barrera el encargado de ella, la culpa del *guardabarrera* deberá ser probada dentro del juego del art. 1109, porque no media presunción alguna de culpa que le sea adversa porque el daño no ha sido causado *con* la cosa.

En cualquiera de los casos en que se admita la responsabilidad del empleado queda establecida la concurrente responsabilidad refleja de la empresa ferroviaria en su calidad de principal (véase *supra*, núms. 1468 y sigs.).

b) Cuando el daño no pueda atribuirse a la autoría de alguien el sujeto responsable es directamente la empresa ferroviaria en su calidad de dueña o guardiana del tren que causó el daño (conf. art. 1113, 2º párrafo 2ª parte: "... causado por el vicio o riesgo de la cosa ..."). Al damnificado sólo le incumbe probar la relación de causalidad entre la cosa y el daño, ya que ella demuestra legalmente el *riesgo* de la cosa (*supra*, nº 1514). Sólo si aspira a un resarcimiento más amplio tendrá que probar que el daño sobrevino por el vicio de la cosa, rotura de freno, etcétera.

1598. PASOS A NIVEL.– Pese a la exigencia legal relativa a la colocación de barreras en todos los pasos a nivel (art. 5º, inc. 8º, ley 2873), la jurisprudencia razonablemente ha condicionado ese requerimiento a las necesidades de cada lugar, pues no se justifica la instalación de barreras en sitios lejanos de núcleos poblados, lo que supone la provisión del personal que las atienda con el encarecimiento consiguiente del servicio y el aumento de las tarifas a cargo del público, si es posible suplir satisfactoriamente ese elemento de protección por otros medios, como anuncios visibles y acústicos del paso de los trenes. Empero, le incumbe a la empresa ferroviaria establecer que por la característica del lugar, no era necesaria la colocación de barrera en un determinado paso a nivel.

§ 7. Accidentes de navegación por agua

1599. NOCIÓN.– Ocurre un accidente de este tipo cuando alguien sufre un daño en su persona o en sus bienes, a causa de la navegación marítima o fluvial. La víctima puede ser un *pasajero* o un *tercero* ajeno al transporte por agua.

1600. RÉGIMEN LEGAL: REMISIÓN.– Los accidentes aludidos caen bajo la regulación de la ley 20.094 que contempla en sus arts. 317 a 353 el transporte de personas por agua. Es una materia que se estudia en las obras

de Derecho Marítimo o de la Navegación, a las cuales remitimos al lector. No obstante para que se tenga una visión de conjunto daremos alguna noticia al respecto.

1601. A) DAÑO AL PASAJERO: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.– Según el art. 330 de la ley 20.094 " el transportador es responsable de todo daño originado por la muerte del pasajero o por lesiones corporales, siempre que el daño ocurra durante el transporte por culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes que obren en ejercicio de sus funciones".

" La culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes se presume, salvo prueba en contrario, si la muerte o lesiones corporales han sido causadas por un naufragio, abordaje, varadura, explosión o incendio o por hecho relacionado con alguno de estos eventos".

Del texto transcripto surge la peculiaridad de la obligación asumida por el transportador: éste es un deudor de una obligación de medio, de llevar al pasajero sano y salvo hasta el puerto de destino. Sólo cuando el incumplimiento se debe a los hechos que la ley menciona, juega una inversión de prueba quedando dispensado el pasajero damnificado de acreditar la culpa del transportador en tales supuestos.

1602. DAÑOS AL EQUIPAJE.– Por equipaje se entienden los efectos de uso personal del pasajero (conf. art. 333, ley 20.094).

Cabe distinguir el equipaje que se guarda en la bodega del barco, del que tiene el pasajero consigo bajo su guarda inmediata. En cuanto al primero, el transportador responde por la pérdida o daños que sufra "si no prueba que la causa de los mismos no le es imputable" (art. 336, 1ª parte, de dicha ley). Es una obligación de resultado, con inversión de prueba acerca de la culpa.

En cuanto a los efectos personales del viajero, "el transportador responde solamente por el daño que se pruebe ocasionado por el hecho suyo, del capitán o de los tripulantes" (art. 336, 2ª parte de la misma ley). Esta es una obligación de medio.

1603. LÍMITE DE RESPONSABILIDAD.– En cualesquiera de las hipótesis reseñadas, la responsabilidad del transportador está limitada por ciertos topes.

a) La indemnización por muerte o lesiones corporales del pasajero no excede de $ 1.500 argentinos oro.

b) La indemnización por pérdida o daño del equipaje es de $ 150 argentinos oro o $ 100 de igual moneda, respectivamente, pero si se trata de transporte fluvial las cifras se reducen a $80 y $50 de dicha moneda, respectivamente. La indemnización por la pérdida o daño de vehículos transportados no puede exceder de $350 pesos argentinos oro, en cuya suma queda incluido el equipaje perdido o dañado (conf. art. 337, ley 20.094).

c) El transportador puede celebrar convenios con los pasajeros, que incrementen los topes resarcitorios mencionados (arg. art. 331, ley 20.094: "Salvo convenio especial ..."; art. 337: "Salvo estipulación expresa ...").

d) Quedan al margen de la responsabilidad del transportador "las pérdidas o sustracciones de especies monetarias, títulos, alhajas u objetos de gran valor pertenecientes al pasajero, que no hayan sido entregados en depósito (art. 335, ley 20.094).

1604. TRANSPORTE BENÉVOLO.– Las normas apuntadas precedentemente se aplican al transportador habitual, aunque ocasionalmente haya transportado en forma gratuita personas y equipajes (conf. art. 352, ley 20.094). Pero si el transporte gratuito y ocasional es efectuado por quien no se dedica habitualmente a esa actividad, la aplicación de tales normas está supeditada a la prueba de culpa o negligencia de aquél, quedando limitada su responsabilidad a la mitad de los topes mencionados *supra* número 1603.

1605. AVERÍAS.– Los actos y contribuciones en concepto de avería común se rigen, salvo convención especial de las partes, por las Reglas de York-Amberes, texto de 1950 (art. 403, ley 20.094). La avería es cualquier daño o todo gasto extraordinario que se produzca respecto de la mercancía durante el viaje y desde la carga hasta la descarga. Es un concepto que juega en el transporte de cosas o carga.

1606. B) DAÑOS A TERCEROS.– El daño típico es el *abordaje* que tiene una regulación especial en los arts. 358 y siguientes de la Ley de Navegación 20.094.

El armador es responsable por las indemnizaciones a favor de terceros, por hechos ilícitos del capitán o de los tripulantes (conf. art. 174, de dicha ley).

Si el armador no ha incurrido en culpa personal, puede limitar su responsabilidad al valor del buque y fletes (art. 175, de la misma ley).

§ 8. Accidentes aeronáuticos

1607. NOCIÓN.– Es un accidente aeronáutico el que alguien sufre en su persona o en sus bienes a causa de la navegación aérea. El damnificado puede ser un *pasajero* del avión o un *tercero* que se encuentre en tierra o en otro avión. No hay accidente aeronáutico cuando el daño ocurre estando el avión en tierra por ejemplo si es desplazado para ser colocado en la pista apropiada: en tal caso rigen los principios comunes ya estudiados referentes a los daños causados con las cosas o causados por el vicio o riesgo de la cosa, según fueren las características del hecho dañoso. Pero si el accidente ocurre en el trance del despegue o del aterrizaje, como la navegación aérea ya ha comenzado o todavía no ha finalizado, no es dudoso que se está en presencia de un accidente aeronáutico.

1608. RÉGIMEN LEGAL: REMISIÓN.– Los accidentes aéreos son contemplados en el Código Aeronáutico (ley 17.285), por lo que remitimos a los comentarios respectivos. Sin embargo, para mantener la visión de conjunto acerca de la materia de la responsabilidad daremos una noticia del asunto, ocupándonos sucesivamente de los daños al pasajero, los daños a terceros en la superficie y los daños producidos por abordajes.

1609. DAÑOS AL PASAJERO: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.– Cuando el damnificado es un pasajero del avión o un cargador del mismo, juega un supuesto de contrato de transporte aéreo (conf. Cód. Aeron., arts. 139 a 154, Cap. I "Daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportados", del Título VII "Responsabilidad"). Se trata de una responsabilidad contractual que cubre el daño derivado de cualquier accidente producido a la *persona* del pasajero mientras está "a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarco y desembarco". También abarca esa responsabilidad, los perjuicios por *destrucción, pérdida*, o *avería* de equipajes registrados o mercancías, producidos desde que los efectos quedaron al cuidado del transportador (conf. art. 140, Cód. cit.), como asimismo los daños resultantes del *retraso* en el transporte de pasajeros, equipajes o mercancías (art. 141, Cód. cit.).

1610. FUNDAMENTO DE LA REPONSABILIDAD CONTRACTUAL.– Según el art. 142 del Código Aeronáutico " el transportador no será responsable si

prueba que él y sus dependientes han tomado las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas".

Esa disposición evidencia el *fundamento subjetivo* de la responsabilidad del transportador frente al pasajero o al cargador, puesto que él puede eximirse probando que su actuación ha sido irreprensible: se trata así de un sistema de *inversión de prueba de la culpa,* en el cual el damnificado está dispensado de allegar la prueba de la culpa, pero se le admite al transportador que acredite su inocencia a través de la de sus dependientes.

La particularidad de ese régimen de exención permite destacar una doble diferenciación, si se lo compara con el *transporte terrestre,* o con la situación del transportador con respecto a los *daños a terceros.*

a) Mientras en el transporte terrestre, el transportador asume una obligación de *resultado*, de conducir la persona o la carga, sana y salva hasta el lugar de destino, de la que no se exime mediante la prueba de su ausencia de culpa, debiendo hasta llegar a probar que la causa del daño fue un caso fortuito, la culpa de un tercero o del propio damnificado, el transportador aéreo asume una obligación de *medio,* consistente en practicar el transporte contratado sin culpa de su parte.

b) Mientras el transportador aéreo incurre frente al pasajero en una responsabilidad *subjetiva,* cuando el damnificado es un tercero su responsabilidad es *objetiva,* por la sola creación del riesgo inherente a la navegación aérea (véase *infra*, nº 1617) siendo irrelevante la prueba de su ausencia de culpa.

1611. LÍMITE DE RESPONSABILIDAD.– La responsabilidad del transportador aéreo es *limitada* a los topes resarcitorios legales.

a) Por el daño a la *persona* del pasajero, la ley establece como máxima indemnización "la suma equivalente en pesos moneda nacional a mil argentinos oro, de acuerdo a la cotización que éstos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad" (art. 144, Cód. Aeron.). La cotización del argentino oro se fija por el órgano competente de la Administración Nacional.

Esto significa que el pasajero de un transporte marítimo vale el 150% de un pasajero por avión, diferencia poco razonable.

b) Por el daño a *mercancías* y *equipajes* la indemnización se limita a dos argentinos oro por kilo de peso bruto (conf. art. 145, Cód. Aeron.).

c) Por el daño a *objetos* cuya guarda conserva el pasajero, la indemnización se limita a cuarenta argentinos oro, en total (conf. art. 145, 2º párrafo).

d) Queda autorizada la convención por las partes de topes resarcitorios mayores. En cambio, es nula toda cláusula de exención de responsabilidad o de fijación de límites inferiores a los mencionados (conf. art. 146, Cód. Aeron.).

e) No hay límite de responsabilidad cuando el daño proviene del dolo del transportador, o del dolo de sus dependientes que actúen en ejercicio de las funciones. No juega esta ampliación si el dolo de los dependientes se manifiesta sólo con ocasión de las funciones conferidas.

Por *dolo* del transportador, o de sus dependientes, ha de considerarse el deliberado incumplimiento del transporte convenido, pues éste es el concepto de dolo obligacional que juega en el ámbito de la responsabilidad contractual (véase *supra,* nº 111).

1612. AVERÍAS.– Si el equipaje o la carga sufriere averías durante el viaje, el destinatario debe formular su protesta dirigiéndose al transportador, dentro de tres o diez días respectivamente, desde la fecha de entrega (art. 149, párrafo 1º del Cód. Aeron.). La falta de protesta en término impide toda acción contra el transportador, salvo fraude de éste (art. cit. *in fine*).

1613. TRASNPORTE BENÉVOLO.– Las normas que regulan la responsabilidad del transportador se aplican igualmente al transporte aéreo gratuito de personas (conf. art. 163, Cód. Aeron.). Pero si "no se realiza en un servicio de transporte aéreo", la responsabilidad se reduce a trescientos argentinos oro por persona dañada (art. 163 cit., 2º párrafo).

La responsabilidad derivada del transporte benévolo de personas, puede eliminarse o atenuarse por convenio expreso de las partes.

1614. CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR.– La aparente responsabilidad del transportador, que pudiese quedar comprometida, por el daño experimentado por el viajero, el equipaje o la carga, no tiene lugar: a) si aquél comprueba su total ausencia de culpa; b) si él prueba que el daño ha sido causado por el propio damnificado (conf. art. 143, Cód. Aeron.).

También puede corresponder una atenuación de la responsabilidad del transportador, si éste acredita "que la persona que ha sufrido el daño ... ha contribuido a causarlo ..." (art. 143 cit., *in fine*). En tal supuesto la reducción de la indemnización se establece en proporción a la influencia causal que tuvo la acción del damnificado.

1615. TRANSPORTE INTERNACIONAL.– Las disposiciones reseñadas del Código Aeronáutico reciben aplicación cuando el transporte aéreo se cumple dentro de nuestro país. Para el *transportador internacional* dicho Código no resulta aplicable.

Se entiende por *transporte aéreo internacional* aquel que de acuerdo a lo convenido por las partes se cumple entre puntos que pertenecen a la jurisdicción de dos o más países, o cuando está convenida una escala en país extraño al lugar de partida y de destino. Pero no se toma en cuenta el cruce de una frontera internacional no prevista en el contrato.

Cuando se está en presencia de un contrato aéreo internacional el caso cae bajo la regulación de la Convención Varsovia-La Haya aunque el país extranjero que le comunica carácter internacional al transporte no haya ratificado dicha convención. Contrariamente para una jurisprudencia que critica Goldschmidt, cuando el transporte internacional toca un país no signatario de esa convención, ésta no sería aplicable.

1616. B) DAÑOS A TERCEROS: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.– El accidente aéreo que redunda en perjuicio de terceros ubicados en la superficie, está contemplado en los arts. 155 y siguientes del Código Aeronáutico (ley 17.285).

La presente responsabilidad se establece con la sola prueba, a cargo del tercero damnificado, de haber sufrido un daño proveniente "de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída o arrojada de la misma o del ruido anormal de aquélla" (art. 155 cit.).

Empero es de notar que esta específica responsabilidad no cubre los daños que sean consecuencia mediata o indirecta del accidente aéreo. Por tanto, sólo entran en la computación del daño resarcible los perjuicios que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; no así los que resultaren de la conexión del hecho del accidente con un acontecimiento distinto.

1617. FUNDAMENTO OBJETIVO: RIESGO CREADO.– Es indiferente para el juego de esta responsabilidad que medie culpa o no del presunto responsa-

184

ble. El legislador ha instituido este tipo objetivo de responsabilidad por estimar equitativo, con toda razón, que quien introduce en el medio social un elemento de tan serio riesgo como es el relativo a la navegación aérea, y se beneficia con su utilización, debe cargar como contrapartida con los perjuicios derivados del desplazamiento por el aire de la aeronave. Para corroborar lo justificado de esa solución es dable atender no sólo a la amplia potencia económica del presunto responsable sino a la completa imposibilidad del damnificado, de prever la contingencia del daño para evitarlo. Por lo demás, la facilidad que se le otorga al damnificado al instituir en su favor un sistema resarcitorio que prescinde totalmente de la idea de culpa y se apoya en la sola comprobación de la relación de causalidad existente entre el hecho del accidente aéreo y el daño, está en cierto modo compensada por la limitación en el monto de la indemnización que abarata el seguro y cubre la contingencia del descalabro económico financiero para todo operador aéreo.

En suma, la institución de esta especie de responsabilidad por el riesgo creado, es una solución que armoniza con felicidad intereses humanos distintos, en resguardo del bien común a todos.

1618. TITULAR DE LA INDEMNIZACIÓN.– Es toda persona que sufra daños en la superficie provenientes de una aeronave en vuelo, o de una persona o cosa caída o arrojada de la nave o del ruido anormal de la misma (conf. art. 155, Cód. Aeron.). No hay distinción que hacer entre personas naturales o de existencia ideal.

1619. PERSONAS RESPONSABLES.– Son responsables por el daño originado en un accidente aéreo, el *explotador* de la nave y en ciertas situaciones su *dueño* o el *tercero* que la hubiese utilizado sin autorización.

a) El *explotador* es quien responde ante el damnificado (conf. art. 155, Cód. Aeron.), definiéndose aquél como la persona que utiliza la aeronave, "legítimamente por cuenta propia, aun sin fines de lucro" (art. 65 de dicho Código).

b) El *dueño* de la aeronave es un presunto explotador, que se libera de la presente responsabilidad por la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves del contrato de transferencia de la utilización del avión (conf. art. 67, párrafo 1º, Cód. Aeron.). Mientras esto no tenga lugar la responsabilidad del dueño subsiste, en cuyo caso "el propietario y el explotador serán responsables solidariamente de cualquier infracción o daños que se produjesen por causa de la nave" (art. 67, 2ª parte, Cód. Aeron.).

c) El *tercero* que usa la aeronave "sin consentimiento del explotador responde del daño causado" (art. 158, párrafo 1º, Cód. Aeron.). Empero, la responsabilidad de este tercero no desplaza la del explotador, sino que concurre con ella, a menos "que pruebe que ha tomado las medidas adecuadas para evitar el uso ilegítimo de la aeronave" (art. 158, 2º párrafo, Cód. Aeron.).

1620. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD AÉREA.– Para el juego de la presente responsabilidad el tercero damnificado que persigue la pertinente indemnización, debe *acreditar* los siguientes requisitos: 1º) existencia del *daño* que él ha sufrido, no habiendo a este respecto variante alguna de las normas generales, salvo la restricción a los perjuicios que sean consecuencia *inmediata* del accidente aéreo; 2º) *relación de causalidad* entre el daño sufrido y: a) el impacto de una *aeronave,* estando ésta en vuelo; b) o el impacto de una *persona caída o arrojada* desde la nave, quedando comprendido el proveniente de un paracaidista; c) o el impacto de una *cosa caída* de la aeronave o *arrojada* desde ella; d) o el *ruido anormal* de la aeronave.

1621. LÍMITE DE RESPONSABILIDAD.– La responsabilidad aérea es *limitada* bajo dos aspectos: a) en cuanto a la computación de *cada daño personal;* b) en cuanto a la máxima responsabilidad por cada *accidente aéreo.*

a) Los daños corporales resultantes de la navegación aérea, tienen un tope de computación individual que asciende a $ 2.000 argentinos oro.

b) No obstante la multiplicidad de daños que pueden originar los accidentes aéreos, la responsabilidad del respectivo explotador, por cada accidente, queda limitada a una suma global comprensiva de la totalidad de las indemnizaciones, en función del peso de la nave accidentada. Ese tope de máxima responsabilidad oscila entre $ 2.000 argentinos oro cuando el avión no excede de mil kilos de peso y $ 43.600 argentinos oro más 0.37 de argentino oro por cada kilo que exceda de 50.000 si la aeronave pasa de este kilaje (conf. art. 160, Cód. Aeron.).

c) Producido un accidente con daños múltiples, la *mitad* del tope resarcitorio a cargo del explotador se destina preferentemente a solventar los daños corporales –muerte o lesiones– que se hubieran originado. El re-

manente a distribuir se prorratea entre los daños a los bienes y la parte no enjugada de los daños corporales (conf. art. 160, Cód. Aeron.).

d) Cuando la suma de los daños fuese superior al monto de la máxima indemnización a cargo del explotador, debe procederse a la reducción proporcional del derecho de cada damnificado, a fin de no exceder aquel monto (conf. art. 101, Cód. Aeron.).

1622. RESPONSABILIDAD ILIMITADA.– No juega el límite de responsabilidad mencionado en el número anterior, cuando el daño proviene del *dolo del explotador,* o del *dolo de personas* bajo su dependencia que actúan en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco juega el límite de responsabilidad cuando el deudor de la indemnización es quien ha utilizado ilegítimamente la aeronave. Como tal deudor no es explotador del avión, no puede invocar a su favor la franquicia del art. 160, Código Aeronáutico, que sólo está otorgada a quien inviste esa calidad.

1623. CAUSAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD.– La presente responsabilidad específica queda marginada en ciertas situaciones que la ley ha previsto.

a) *Daño causado por la víctima:* Hay exención total o parcial de la presente responsabilidad cuando la víctima ha causado su daño, o ha contribuido a causarlo (conf. art. 159, Cód. Aeron.).

b) *Daño causado por un tercero usurpador:* Asimismo, el explotador de la aeronave queda exento de responsabilidad, cuando ocurre la usurpación de la nave, sin culpa de aquél. En cambio, se mantiene la responsabilidad del explotador, si promedia una usurpación del avión que él pudo evitar adoptando las apropiadas medidas de vigilancia (conf. art. 158, Cód. Aeron.).

c) *Quid del caso fortuito o fuerza mayor:* El Código Aeronáutico no menciona el caso fortuito o fuerza mayor, como causa de exención de la responsabilidad del explotador. Empero, ello no significa, a nuestro juicio, que siempre le quede vedado a aquél alegar el caso fortuito o fuerza mayor para eximirse de responsabilidad. Desde luego, esta alegación no es procedente cuando la aeronave –o la persona o cosa caída de ella– es identificada como *causa* del daño, en cuyo supuesto en vano pretenderá argüir el explotador que el hecho dañoso era para él imprevisible o inevitable (conf. art. 514). Pero siempre le es posible acreditar útilmente que la causa del daño no reside en el avión que daba origen a su compromiso, sino en una *causa extraña* a él, con lo cual habrá esclarecido, pese a la apariencia contraria, la ausencia de un requisito fundante de su responsabilidad, a saber la *relación de causalidad* entre el daño y la aeronave que se estimaba originaria de tal responsabilidad.

1624. ACCIÓN DE RECURSO.– Toda vez que el explotador de la aeronave, o en su caso el dueño, el locatario, el comodatario o el usurpador, se ha visto precisado a enjugar el daño experimentado por el damnificado, él puede volverse contra el culpable del daño a fin de obtener el reintegro de lo que hubiera desembolsado. Aunque esta solución no está explicitada en el texto del Código Aeronáutico, no resulta cuestionable, pues siempre quien hubiese desinteresado al damnificado por el accidente aéreo, resultaría ser un damnificado indirecto (conf. art. 1079) por el acto de culpa que originó dicho accidente.

En cualquier caso el éxito de la acción de recurso está supeditado a la prueba que se rinda sobre la culpa del demandado.

1625. C) DAÑOS PRODUCIDOS POR ABORDAJES.– Se denomina *abordaje* aéreo a "toda colisión entre dos o más aeronaves en movimiento". Ese hecho puede causar daños a aeronaves, personas y bienes embarcados o a terceros en la superficie (conf. arts. 166 y 170 del Cód. Aeron.).

1626. DAÑOS A AERONAVES, PERSONAS Y BIENES EMBARCADOS.– El responsable por esta clase de daños es el explotador de la aeronave por cuya culpa se produjo el abordaje. Se trata, pues, de una responsabilidad *subjetiva,* que se ha filtrado en el sistema general objetivo inherente a la responsabilidad aérea. Por ello es que el explotador a quien se demandase la reparación del daño, puede exceptuarse de la indemnización si prueba su ausencia de culpa. Empero, hasta tanto no rinda esa prueba, implícitamente él es reputado responsable: juega, entonces, un régimen de *inversión de prueba.*

1627. DAÑOS A TERCEROS EN LA SUPERFICIE.– Cuando los terceros en la superficie resultasen dañados por un abordaje, pueden dirigir la acción resarcitoria contra cualquiera de los explotadores que son *deudores solidarios.* Si el explotador que hubiera desembolsado el monto de la indemnización, fuese inocente o carente de culpa, podrá demandar al otro explotador im-

185

plicado el reintegro de su desembolso. Pero si mediare culpa concurrente el explotador que hizo el pago sólo puede pedir al otro un reembolso parcial, por la necesidad de deducir la parte de la indemnización correspondiente a la culpa de quien desinteresó al damnificado.

§ 9. Daños nucleares

1628. RÉGIMEN LEGAL; NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD; QUID DEL DAÑO GENÉTICO.– El empleo de la energía nuclear puede originar ingentes daños. Se denominan daños nucleares la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales, los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultados directos o indirectos de las propiedades radioactivas, de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares, o de los productos o desechos radioactivos que se encuentren en la instalación nuclear o de las sustancias nucleares que provienen de ella, se originen en ella o se envíen a ella (art. I, inc. k]) de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, aprobada por nuestro país por la ley 17.048).

La responsabilidad por daño nuclear pesa sobre el explotador de una instalación nuclear y es objetiva (art. IV, inc. 1 de la Convención aludida), lo cual significa que queda establecida por la sola causación del daño.

Sin embargo, el explotador se puede eximir de responsabilidad si prueba que el damnificado actuó con dolo o negligencia grave en la producción del daño, o en su contribución a causarlo, cuando la propia legislación admita la exención (art. IV, inc. 2 de la Convención citada). Este último es el caso de nuestro ordenamiento interno: arts. 1111 y 1113, segunda parte del Código Civil.

Una delicada cuestión que plantea el empleo de la energía nuclear, es el posible *daño genético,* consistente en la mutación nociva o recesiva de los genes y el consiguiente aumento de las probabilidades de transmitir defectos hereditarios a los descendientes, a causa de la radiación atómica provocada por la fisión nuclear, lo que se viene sosteniendo desde el 5º Congreso Internacional de Genética, reunido en Berlín en el año 1927. Comprobado el daño genético corresponde su reparación al explotador de la instalación nuclear que lo haya causado, aunque la demostración de la relación de eficiencia causal parece harto problemática.

La acción para pretender el resarcimiento del daño nuclear prescribe a los diez años del accidente nuclear (art. IV, inc. 1 de la Convención citada). Pero si el daño aparece después de ese tiempo, como se habría presentado una hipótesis de imposibilidad de obrar, entendemos que la demanda de reparación se puede entablar útilmente dentro de los tres meses a la aparición del daño (conf. art. 3980 *in fine*).

§ 10. Productos elaborados

1629. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD; QUIÉNES RESPONDEN; JURISPRUDENCIA.– En los últimos tiempos se han presentado hipótesis de daños que sufren los usuarios o consumidores de productos elaborados, que por fallas en la fabricación resultan nocivos para la salud o los bienes de quienes los consumen o utilizan. De esta manera se ha planteado la posible protección a los perjudicados. Estos pueden dirigir su acción contra los *vendedores* de los productos y asimismo contra los *fabricantes*.

a) En cuanto a la acción contra el vendedor del producto nocivo es incuestionable la responsabilidad de quien lo vendió. Se trata de una responsabilidad *contractual* que encuentra su fundamento y regulación en el contrato de compra-venta que se ha celebrado. Por tanto el usuario damnificado puede entablar una acción de daños y perjuicios contra el vendedor, sin necesidad de producir la prueba de la culpa de este último, puesto que se trata de una obligación de resultado con respecto a la cual esa culpa se presume por la ley: el acreedor, en el caso comprador, sólo tiene que comprobar el incumplimiento, o sea el estado nocivo del bien que él ha comprado. La prescripción para entablar esta acción es la decenal u ordinaria.

Es de advertir que no cuadra confundir la acción contemplada con la que es dable entablar por los vicios redhibitorios, desde que aquí no es ese el problema que se plantea, sino el incumplimiento sustancial del contrato en que ha incurrido el vendedor, y que se rige por los principios generales.

b) Independientemente de la acción aludida, el perjudicado puede demandar al fabricante del producto nocivo para hacer valer la responsabilidad *extracontractual* de este último. En tal caso el fabricante es culpable, por haber puesto en circulación un producto que tenía la aptitud de originar el perjuicio que ha sobrevenido, para el tercero que lo consumió o utilizó. Es una responsabilidad que le cuadra al fabricante no como guardián o dueño, que no lo es, de una cosa dañosa, sino por la comisión

del hecho culpable de la fabricación del producto en las condiciones en que lo hizo, es decir, se trata de la lisa y llana aplicación del art. 1109 del Código Civil. Por lo tanto, el damnificado tendrá que establecer la culpa del fabricante, extremo que le resultará facilitado por la demostración de la existencia de vicios de origen en el producto, y de la relación de causalidad entre ese vicio y el daño que el consumidor ha sufrido. Por ello con razón ha observado Bustamante Alsina que por el juego de las presunciones *hominis* que gravitan en el caso, resultará invertido el cargo de la prueba y le tocará al fabricante eximirse de responsabilidad, estableciendo que la verdadera causa del daño ha sido un caso fortuito o la culpa del propio damnificado o de un tercero por quien él no deba responder, por ejemplo si el vendedor del producto lo suministró al comprador luego de vencido el tiempo fijado para su expendio. La acción contra el fabricante es de prescripción bienal por aplicación del nuevo art. 4037.

c) Independientemente de la acción del consumidor sea contra el vendedor, sea contra el fabricante (son dos obligaciones concurrentes que tienen el mismo acreedor y dos deudores distintos), el vendedor puede entablar una acción de regreso contra el fabricante, si es que ha sido obligado a indemnizar al consumidor y él no ha incurrido en culpa alguna. En tal caso, el vendedor resulta un damnificado indirecto que hace valer una acción de responsabilidad extracontractual contra el fabricante por el acto culpable con respecto a terceros en que éste incurrió.

Fuera de ello el primer adquirente del producto elaborado que sufre el daño por su consumo o utilización, dispone de la misma acción de responsabilidad contractual contra el fabricante que hemos apuntado en el apartado a) precedente.

d) La jurisprudencia ha tenido ocasión de encarar daños provenientes de la mala elaboración de productos. Así en un caso, los tribunales de La Plata contemplaron la indemnización por homicidio resultante de una intoxicación provocada por la ingestión de alimentos en mal estado suministrados por un restaurante, y la Suprema Corte de la provincia admitió la responsabilidad del dueño del negocio entendiendo que resultaba fundada en el antiguo art. 1133, que establecía la presunción de culpa del dueño de una cosa originaria de un daño: creemos que la conclusión no era acertada porque no mediaba un delito penal ya que los imputados habían sido sobreseídos por los tribunales represivos y entonces sólo se trataba de hacer valer la responsabilidad contractual que le cuadraba al dueño del restaurante que había suministrado los alimentos en mal estado. Distinto hubiera sido si en sede penal se hubiera admitido la configuración del delito, por cuanto entonces el damnificado habría podido optar por la responsabilidad extracontractual, autorizada por el art. 1107 del Código Civil.

Otro caso de interés fue resuelto por la Cámara 1ª de Mercedes (*E.D.*, t. 47, pág. 701): se trataba de una demanda entablada contra los vendedores de un sifón, por los daños que había experimentado el usuario al hacer funcionar el dispositivo de la bebida. Como se trataba de una obligación de resultado, el defecto de funcionamiento era demostrativo de la culpa en que había incurrido el vendedor del sifón, por lo que se admitió, acertadamente, su responsabilidad.

1629 bis. LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.– Esta ley sancionada en 1993 dentro de una minuciosa reglamentación encaminada a proteger los derechos del consumidor, contempla los caracteres de la responsabilidad por productos elaborados en el art. 40, texto incorporado por la ley 24.999, que dispone:

"Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

"La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

§ 11. Responsabilidad colectiva

1630. CONCEPTO; EVOLUCIÓN DOCTRINARIA; LEGISLACIÓN COMPARADA.– El concepto de responsabilidad colectiva, aunque moderno en su formulación general, ya fue conocido en su aplicación a algunos casos particulares por los jurisconsultos romanos: así la responsabilidad que imputaban a los dueños de casas con motivo de las cosas arrojadas desde ellas a la vía pública, en cuyo supuesto, cuando no se sabía quien la había arrojado, se imponía la responsabilidad a todos los dueños o inquilinos de los edificios que podían estimarse como lugares originarios del daño.

186

La responsabilidad colectiva es, entonces, la que cuadra a cualquiera de los individuos de un grupo cuando no es posible individualizar al autor de un daño, que sin embargo se sabe ha sido producido por alguno de los integrantes del grupo. No se confunde esta responsabilidad con la que cuadra a quienes intervienen en una acción conjunta o común, en cuyo caso todos son responsables por la autoría en el hecho que les cuadra. Tampoco se confunde la responsabilidad colectiva con la intervención acumulativa o concurrente de varias personas que participan en un mismo y único hecho dañoso, de cuyo resultado cada uno responde individualmente en la medida en que contribuyó a causarlo. En cambio la responsabilidad colectiva se suscita cuando hay una intervención disyuntiva o alternativa de varios sin poderse establecer la identidad del causante del daño: en tal supuesto la responsabilidad es de cualquiera de ellos ante la imposibilidad de excluir su propia responsabilidad por el resultado dañoso.

Acerca de esta materia se ha cumplido una evolución interesante. En el derecho francés, ante la ausencia de textos legales, la jurisprudencia estableció la ausencia de responsabilidad de los posibles autores no individualizados de un daño sólo causado por uno de ellos: en un caso de herida de una persona por el disparo de un arma en una partida de caza de la que participaban tres cazadores, la Corte de Casación declaró la irresponsabilidad de todos los cazadores, porque la condena del grupo importaría obligar a todos sus miembros menos uno a reparar un daño que no habían causado (Alterini). Luego se ha producido una evolución, admitiéndose en numerosos casos la responsabilidad por daños causados por un miembro no individualizado de un grupo determinado no personalizado (Bustamante Alsina): así en un caso en que un niño fue herido por la pedrada lanzada por un muchacho integrante de un grupo, la Corte de Casación admitió la responsabilidad de todos los integrantes del grupo por cuanto no se había individualizado cuál de ellos era el que había lanzado la piedra, hipótesis en la que "lo que se reprocha no es tanto el hecho preciso de haber arrojado la piedra, como la participación misma en una acción colectiva que termina mal, pudiendo, sin embargo, variar el grado de participación" (Durry).

En la legislación comparada hay algunas muestras de responsabilidad colectiva, en el Código alemán (art. 830), en el Código Civil japonés (art. 719) y en el Código Civil polaco (art. 137). Fuera de esos casos están las disposiciones semejantes a las de nuestro Código (art. 1119), existentes en los códigos de Chile (art. 2328), de Colombia (art. 2355), de El Salvador (art. 2079) y del Uruguay (art. 1330).

1631. La cuestión en nuestro derecho.– La responsabilidad colectiva tiene apoyo en la norma particular del art. 95 del Código Penal y en la aplicación analógica de los arts. 1119 y 1121, en conexión con el art. 1109.

a) *Art. 95, Código Penal:* Este precepto incrimina al partícipe en una riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, de la que resultare muerte o lesiones de autor desconocido, si aquél ha ejercido violencia sobre la persona del ofendido. Es una hipótesis particular de responsabilidad colectiva, pues aun cuando se ignora quién fue el efectivo autor de la muerte o de las lesiones "se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido" (art. 95, Cód. Pen.).

De la norma referida surgen dos consecuencias importantes, relacionadas con el tema en estudio. En primer lugar si el hecho ha sido denunciado en sede penal y han sido condenados los partícipes de la riña o agresión, esa sentencia condenatoria hace cosa juzgada en la jurisdicción civil (*supra,* nº 1532), en la cual el condenado quedará caracterizado como *autor* de la muerte o las lesiones, aunque en verdad no lo sea. Así, pues la sentencia penal impone al juez civil que lo tenga al demandado como autor culpable del hecho, quedando librado a su juzgamiento la magnitud del daño sufrido y la incidencia de una posible culpa de la víctima en la cuantía de la indemnización.

En segundo lugar, aunque no medie denuncia criminal será factible demandar en sede civil al partícipe en la agresión, si concurren los extremos antes indicados del art. 95 del Código Penal. Es innegable que el acto incriminado por ese precepto constituye un acto ilícito apto para comprometer la responsabilidad civil de quien es reputado *autor* de la muerte o de las lesiones. Luego siempre estará habilitado el juez civil para apreciar, a los fines de la indemnización pertinente, si concurren los extremos condicionantes de la misma, a saber: a) que haya mediado riña o agresión con intervención de más de dos personas; b) que haya resultado muerte o lesiones de la riña o agresión; c) que no se haya identificado al autor del hecho; d) que el demandado haya participado del hecho, ejerciendo violencia sobre el ofendido.

Esta posibilidad de funcionamiento indirecto en la instancia civil, de la norma penal, revela la enorme trascendencia de ésta, como dispositivo fundante de la responsabilidad colectiva. Será raro el evento dañoso, originado por la intervención de varias personas, con respecto al cual no pueda hacerse valer la directiva que emana del art. 95 del Código Penal.

b) *Art. 1119, Código Civil:* El artículo citado admite con claridad un supuesto particular de responsabilidad colectiva. En efecto, el art. 1119 después de haber sentado la responsabilidad de los *dueños de casa* por los perjuicios causados por cosas arrojadas desde los edificios respectivos, o expuestas a caer, incluye la siguiente frase que tiene aquel sentido: *"Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora de donde procede* (la cosa arrojada o caída), *responderán todos del daño causado"*. He ahí una clara aplicación del principio de responsabilidad colectiva: la cosa no pudo provenir simultáneamente de todos los lugares posibles, así si se tratara de una casa de cinco pisos, excluida la planta baja, la cosa no pudo ser arrojada desde el 1º, 2º, 3º, 4º y 5º pisos. Necesariamente ha debido partir sólo de uno de esos lugares, pero ignorándose cuál es, responden por el daño todos los posibles implicados, es decir, los dueños de casa de todos los *lugares sospechables* como originarios del daño.

c) Tanto el art. 95 del Código Penal como el art. 1119 del Código Civil, instituyen claros supuestos particulares de *responsabilidad colectiva.* Pero no hay en ellos nada de especial que impida trasladar la misma solución a situaciones *sustancialmente análogas.* El principio de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, autoriza al intérprete acerca del presente asunto a efectuar una *construcción jurídica,* que partiendo de determinadas soluciones particulares permite inducir el *principio general,* del cual esas soluciones no son sino aplicaciones. Por tanto, siempre que *alguien* ha integrado un grupo de personas determinadas, una de las cuales es autora indeterminada de un daño, ha de estimarse que ese alguien es presuntivamente autor del daño, mientras él no pruebe lo contrario. El principio general de responsabilidad colectiva, elaborado sobre la base meramente presuntiva que autorizan los arts. 95 del Código Penal y 1119 del Código Civil, queda así instituido.

1632. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA.– Para explicar la presente responsabilidad se han expuesto varias ideas.

a) Según Aberkane, se hace acá aplicación de la noción de *personalidad moral.* El grupo sería una persona ideal *de hecho,* por responder esa concepción a la realidad sociológica allí latente que el derecho no puede desconocer.

b) Según Postaciaglu, son los hechos simultáneos de varios sujetos los que originan este tipo de responsabilidad, y si se exige a cada cual que haga frente a la indemnización es porque pese a no ser, tal vez, causante del daño es sí causante de la complicación que ha impedido identificar al autor del hecho dañoso.

c) Para Esmein el fundamento de este tipo de responsabilidad radica en una dispensa acordada a la víctima de probar la imputabilidad de un hecho generador de responsabilidad, entre todos los individuos que sean autores posibles.

d) Para algunos autores la responsabilidad colectiva resultaría atribuida a cualquier miembro indeterminado del grupo que originó el daño, por el riesgo creado.

e) *En nuestra opinión,* la responsabilidad colectiva que admitimos, se basa en la *prudente apreciación* de los hechos probados, presidida por el *buen sentido.* El damnificado ha logrado establecer su *daño,* la *relación causal* entre ese daño y el acto de un sujeto indeterminado dentro de una serie de sujetos determinados, y la *culpa* de esa persona relativamente indeterminada, quienquiera que sea. Pero le ha sido imposible identificar al autor del hecho, lo cual no puede argüirse contra él si ha justificado tal imposibilidad: *ad impossibilia nemo tenetur.* Por el otro lado, esta circunstancia no puede conducir a la exención de la responsabilidad del oculto autor del hecho. ¿Cómo ha de zanjar esta difícil cuestión el buen sentido? Recurriendo a algo que se parece bastante al corte de un nudo gordiano, o sea aceptando que cualquiera de los implicados es un *presunto responsable* mientras él no pruebe que *no fue el autor* del hecho dañoso. Esta solución es sensata y mejor que su contraria, lo cual es suficiente para que el jurista le dé su asentimiento.

1633. LA RESPONSABILIDAD ES SIMPLEMENTE MANCOMUNADA.– Una cuestión que se presenta a la duda es la de saber si la responsabilidad colectiva es solidaria o simplemente mancomunada. Para seguir el primer criterio jugaría el principio de asimilación entre los actos ilícitos dolosos o culposos (véase *supra,* nº 1313), que llevaría a proyectar la solidaridad

propia de los delitos sobre los cuasidelitos. Pero en materia de responsabilidad colectiva, no sería razonable admitir la solidaridad de la obligación de reparar el daño por cualquiera de los presuntos responsables. En efecto, en la única hipótesis legal de responsabilidad colectiva se ha sentado el criterio de la simple mancomunación (conf. art. 1121). Luego no cabe ir más allá, cuando se trata de la aplicabilidad de un principio general que se induce –fuera de otras consideraciones– de la solución particular referente a los daños causados por cosas arrojadas desde un edificio, cuando se ignora el lugar de dicho edificio de donde ha partido el lanzamiento de la cosa, lo cual se traduce en el compromiso proporcional de todos los dueños de casa, implicados en el hecho. Realmente carecería de toda lógica aceptar la solidaridad en la responsabilidad colectiva si en el único supuesto previsto por la ley, de responsabilidad de esa índole, se sienta la simple mancomunación de la obligación de reparar el daño. Por ello, hay necesidad de concluir, para no caer en la incongruencia, que en materia de responsabilidad colectiva no hay solidaridad entre los presuntos responsables, obligados al resarcimiento mientras ellos no acreditan su ausencia de autoría del hecho.

§ 12. Responsabilidad por violación a derechos de la personalidad

1633 bis. CONSTITUCIÓN NACIONAL. LEY 23.592.– Se denominan derechos de la personalidad aquellos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al honor o integridad moral, a la privacidad, etcétera.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac. de 1994), reconoce expresamente, entre otros, el derecho a la vida (art. 4º), el derecho a la integridad física, psíquica y moral (art. 5º), el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 7º), el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (art. 11).

Obviamente la violación de estos derechos genera responsabilidad por los daños ocasionados.

Estos derechos encuentran una precisa protección en la ley 23.592. En su art. 1º dispone que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y *a reparar el daño moral y material ocasionados*".

"A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los *actos u omisiones discriminatorios* determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

1633 ter. VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PRIVACIDAD.– Entre los derechos de la personalidad se encuentra el derecho a la intimidad.

El art. 11, inc. 2º, del Pacto de San José de Costa Rica (de recordada jerarquía constitucional) dispone que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

El art. 1071 bis del Código Civil importa un reconocimiento categórico de los derechos de la intimidad y si se lo encara desde el ángulo del sujeto agente aparece como una penalización del abuso de la libertad (especie de abuso de derecho); "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Para que resulte configurado el acto lesivo de la intimidad es menester la reunión de los siguientes requisitos: a) que haya *entrometimiento* en la vida ajena, *interferir* en el ámbito privado de otro; b) que la interferencia sea *arbitraria,* es decir contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, o decidida sólo por capricho; c) que se *perturbe* de cualquier modo la intimidad de otro; d) que el hecho no fuere un delito penal.

Según el art. 1071 bis el acto lesivo de la intimidad puede dar lugar a una triple consecuencia: 1º) cesación de la perturbación; 2º) indemnización equitativa a favor del importunado; 3º) publicación de la sentencia respectiva.

Esta regulación tiene un signo positivo bien nítido, en cuanto enaltece el derecho a la intimidad y crea un sistema de protección que no se confunde ni se superpone con el referente a la responsabilidad por actos ilícitos. Cuando la lesión a la intimidad configura un acto ilícito (prueba de culpa o dolo y de daño), el damnificado resulta amparado por los principios ordinarios de responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Pero si falla alguno de los requisitos de los actos ilícitos, entonces el sistema peculiar del art. 1071 bis adquiere la mayor trascendencia, y fija el cuadro de medidas y sanciones ya descriptas.

CAPÍTULO XVI

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1634. TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO.– Cuando tiene lugar el desplazamiento de un bien o valor del patrimonio de una persona al de otra sin causa jurídica que justifique ese traspaso, se presenta lo que tradicionalmente se ha denominado *enriquecimiento sin causa*. En tal supuesto la doctrina de los autores ha elaborado, en base a algunas soluciones legales particulares, la teoría del enriquecimiento indebido, que es una construcción jurídica que generaliza el principio latente en aquellas soluciones. Por aplicación de esa teoría quien resulta empobrecido por aquel hecho puede pretender el reintegro de ese empobrecimiento hasta el importe del beneficio que sin título o causa haya experimentado otra persona con motivo del mismo hecho.

1635. NOCIONES GENERALES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS.– Como se advierte por lo expuesto, la teoría del enriquecimiento sin causa, que algunos autores denominan enriquecimiento injusto, es el fruto de una elaboración doctrinaria luego de una evolución secular. Ya en el Derecho Romano el jurisconsulto Pomponio decía que *jure naturae aequum est neminen cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*, es decir, que según el derecho natural lo equitativo es que nadie se haga más rico con detrimento o injuria de otro. Era una afirmación que planteaba las cosas en el plano del derecho natural. Fuera de ello había soluciones legales determinadas que hacían funcionar ese principio dentro del derecho positivo por el juego de las *condictio* y en ciertas hipótesis por la acción de *in rem verso*. Fundiendo ambos enfoques las Partidas llegaron a decir que *ninguno non deube enriqueszer tortizeramente con el daño de otro* (Partida 7ª, título 34, ley 17).

188

En el derecho moderno no se duda de la eficacia de la teoría del enriquecimiento indebido dentro del derecho positivo. No se trata sólo de una obligación natural que pueda pesar sobre quien se ha enriquecido sin título para ello a expensas de otro. Se trata de un efectivo principio de derecho positivo que acuerda al empobrecido acción para exigir el reintegro correspondiente, cuando se dan las condiciones y en los términos precisos que luego habrán de puntualizarse.

Este enfoque es consagrado explícitamente por los códigos alemán, suizo, italiano, venezolano y soviético. Pero aun en los países, como Francia o el nuestro, en los cuales no existe una regla legal que establezca con carácter general la teoría del enriquecimiento indebido, la doctrina ha formulado la construcción jurídica correspondiente apoyándose en las soluciones concretas que los códigos han establecido en esos mismos países.

1636. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO: DISPOSICIONES QUE ENUNCIAN EL PRINCIPIO EN CASOS PARTICULARES O HACEN APLICACIÓN DEL MISMO.– Nuestro Código Civil, como se ha expresado, no contiene un precepto que determine la vigencia general del principio del enriquecimiento sin causa. Pero existen numerosas aplicaciones del mismo y asimismo se ha reflejado el pensamiento del codificador en la nota al art. 784, donde se lee: "el principio de equidad, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno".

Entre las disposiciones particulares de nuestro Código que se relacionan con la teoría del enriquecimiento indebido, cuadra distinguir las que enuncian de algún modo el principio que veda el enriquecimiento sin causa y aquellas otras que hacen aplicación del mismo sin aludir concretamente a él.

a) Entre las *primeras* cuadra mencionar las siguientes: 1º) el pago efectuado por un tercero contra la voluntad del deudor le da derecho al pagador a cobrar del obligado "aquello en que le hubiese sido útil el pago" (art. 728); 2º) cuando se practican hechos involuntarios, el autor material del acto responde "si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto en cuanto se hubiere enriquecido" (art. 907); 3º) en el régimen de la nulidad por causa de incapacidad la parte capaz no puede pretender la devolución de lo que ella hubiese entregado al incapaz salvo si probase "que existe lo que dio o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz" (art. 1165).

Todas esas disposiciones, como lo expresa Salvat, establecen en términos casi literales el principio del enriquecimiento sin causa; aunque no lo nombran ni lo generalizan lo consagran para esos casos particulares.

b) *Paralelamente* hay un sinnúmero de disposiciones del Código Civil que hacen aplicación del principio del enriquecimiento sin causa aunque no aluden a él. En ese caso se encuentran: 1º) la restitución del valor de las mejoras introducidas en una cosa ajena (conf. arts. 589, 2427, 2440 y 2441); 2º) el importante principio de gran aplicabilidad que autoriza la repetición de lo pagado sin causa (conf. art. 792); 3º) en las hipótesis de gestión de negocios irregular aunque el dueño del negocio no quede obligado por los actos practicados por el gestor siempre está precisado a reembolsar a éste los gastos y deudas que hubiera contraído hasta la concurrencia de las ventajas que aquél hubiese obtenido al fin del negocio (conf. arts. 2301 y 2302); 4º) en materia de empleo útil quien hace gastos en utilidad de otra persona puede demandarlos a aquella en cuya utilidad se convirtieron (art. 2306); 5º) en la especificación o transformación de una cosa en otra, está latente el principio que veda el enriquecimiento sin causa (conf. arts. 2568 a 2570); 6º) en caso de edificación, siembra y plantación (arts. 2587 a 2591), lo mismo que tratándose de adjunción, mezcla o confusión (arts. 2594 a 2600), se sigue haciendo aplicación del principio de enriquecimiento sin causa; 7º) en cuanto a la confección del orden de los privilegios ha gravitado el principio que se estudia con respecto al privilegio de los gastos de justicia (art. 3900), y al privilegio del conservador (art. 3901, 1ª parte), etcétera.

1637. CUARTO CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL.– El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en setiembre de 1969, se ocupó del tema del enriquecimiento sin causa. Luego de declarar que el enriquecimiento sin causa es en nuestro derecho fuente de obligaciones y que aparece como fundamento de la acción por restitución en numerosos supuestos expresamente legislado, como el empleo útil, el pago indebido, etcétera, puntualiza cuáles son los requisitos para la procedencia de la acción.

En cuanto a la recomendación *de lege ferenda* el Congreso aconseja que se incorpore al Código Civil, en una eventual reforma, una norma que consagre el principio general que veda el enriquecimiento sin causa, debiendo establecerse la subsidiariedad de la acción y la prescripción bienal de la misma.

1638. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE *IN REM VERSO*: DIFERENTES SISTEMAS.– Para explicar cuál es la *naturaleza* de la acción de *in rem verso* y cuál el *fundamento* en que se sustenta el principio del enriquecimiento sin causa que da vida a esa acción se han formulado distintas explicaciones.

a) *Fundamento de equidad.*– Según esta corriente doctrinaria el principio de enriquecimiento sin causa trasunta una regla de equidad. Aunque no es dudoso este aserto no es suficiente para concluir que siempre que se produzca un enriquecimiento sin causa habrá de seguirse el derecho del empobrecido a demandar el reintegro correspondiente al enriquecido. El fundamento de equidad sólo origina una obligación natural pero no una obligación civil. Como en este supuesto no se duda de que se trata de una verdadera obligación civil hay que dar un paso más adelante a fin de encontrar la razón por la cual se confiere aquel derecho.

b) *Sistema de la gestión de negocios anormal o imperfecta.*– Es la posición de Demolombe. Es una explicación insuficiente, porque no se aplica a las soluciones concretas en que no media tal gestión de negocios, como ocurre en las restituciones por nulidad de los contratos celebrados por incapaces, etcétera.

c) *Sistema del hecho ilícito.*– Para Planiol como también para Ripert y Boulanger el hecho que origina la teoría del enriquecimiento indebido se asimila a un acto ilícito: aunque al tiempo del enriquecimiento el enriquecido no hubiera incurrido en culpa alguna, lo ilícito de su actitud aparecería al negarse a restituir el beneficio obtenido sin causa legítima alguna. Empero se ha observado con razón que no puede hablarse acá de hecho ilícito porque el enriquecimiento sin causa obliga a devolver con entera independencia de la situación espiritual que tuviese el enriquecido: así resultaría deudor por ese concepto quien careciese de discernimiento, y por ello no puede obrar actos ilícitos.

d) *Sistema del provecho creado.*– Para una corriente doctrinaria la acción de la *in rem verso* se explica por la idea del provecho creado que sería paralela a la del riesgo creado: así como una persona que crea un riesgo se dice, debe responder por los daños provenientes de ese riesgo, igualmente quien aprovecha de un beneficio al que ha sido ajeno debe el reintegro de ese beneficio obtenido a expensas de otro. La explicación no convence, porque si la idea del provecho creado fuese la base de la acción de restitución, ello conduciría a extender el deber de restituir a todo el provecho obtenido aún más allá del empobrecimiento sufrido por la víctima de ese hecho.

e) *Sistema de la asimilación a la reivindicación.*– Es la explicación de Aubry y Rau que a nosotros nos parece la más acertada. Esos autores ven en la acción de *in rem verso* "la facultad de reclamar, por medio de una acción personal la restitución de los objetos o valores aportados al patrimonio". Como el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro se ha operado sin causa que lo justifique el empobrecido mantiene su título sobre esos mismos bienes. Cuando se trata de una cosa determinada dispone de la acción de reivindicación. En cambio, cuando el provecho aunque originado en una cierta cosa ya no consiste en la misma cosa, la ley sustituye por vía de subrogación real la acción de reivindicación por la acción de *in rem verso.*

1639. NUESTRA OPINIÓN.– Según nuestro pensamiento, en los supuestos de enriquecimiento sin causa, la manera de remediar la injusticia de la situación difiere según que la cosa que ha salido del patrimonio de su dueño sin justa causa, se encuentre o no en el patrimonio de quien se benefició con ella.

a) Cuando la cosa *determinada* que salió del patrimonio del empobrecido, se encuentra ahora en el del enriquecido, aquél dispone de una *acción reivindicatoria* para recuperar dicha cosa. En tal hipótesis, la acción aludida, de carácter real, se sustenta en el dominio inalterado de su dueño, que no ha caducado, ni ha quedado desbaratado por la adquisición efectuada *sin justa causa* por el beneficiario de ella. Esto es lo fundamental, pues sin quien ha habido la cosa carece de título que pueda oponer legítimamente al subsistente dominio de la persona perjudicada por la salida de dicha cosa de su patrimonio, se presenta allí un conflicto de derechos que la ley resuelve a favor del reivindicante (arg. arts. 2758, 2759, 2774, 2789, 2790 y 2792).

b) Cuando la cosa no es reivindicable (conf. art. 2762) o ya no se encuentra en el patrimonio de quien se enriqueció con ella, el dueño perjudicado carece de acción reivindicatoria, que la *ley* le sustituye por la acción de *in rem verso,* cuando ocurren los requisitos que luego se especificarán (*infra,* nº 1640). Esta acción tiene su *causa eficiente* en la *ley* que se la ha concedido al ex dueño de la cosa, carente de la acción reivindicatoria.

189

Sin embargo, podría pensarse que en los sistemas jurídicos –como el nuestro– en los cuales falta la expresión del principio legal que impide a quienquiera enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, la concesión de la acción de *in rem verso* al empobrecido en tales condiciones constituye un abuso de hermenéutica. Pero, no es así, porque sin duda el Código, como habrá de verse, contiene innúmeras aplicaciones de ese principio, las cuales le permiten al intérprete efectuar una inatacable *construcción jurídica*. En efecto, atendiendo a aquellas aplicaciones particulares, es dable advertir que ellas son la derivación o consecuencia de un *principio común* que constituye su razón de ser. Luego, ya en la posesión de ese principio superior, es dable por vía de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, proyectar la misma solución a otras situaciones que presentan una *identidad sustancial* con las regladas específicamente por la ley. Es mediante ese arbitrio de técnica jurídica que es posible afirmar que está incorporado al Código Civil el principio según el cual nadie debe enriquecerse injustamente sin justa causa a expensas de otro, lo cual es admitido por la generalidad de la doctrina. Esto nos autoriza a pensar que la obligación de restituir derivada de un enriquecimiento sin causa, tiene su causa-fuente en la *ley*.

1640. REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE *IN REM VERSO*.– Para la procedencia de la acción de que se trata es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: a) enriquecimiento del demandado; b) empobrecimiento del demandante; c) relación causal entre esos hechos; d) ausencia de causa justificante del enriquecimiento con respecto al empobrecido; e) carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

1641. a) ENRIQUECIMIENTO DEL DEMANDADO: NOCIÓN.– El concepto de enriquecimiento en el ámbito de la acción *in rem verso* tiene la mayor amplitud. Ha sido definido por von Tuhr como toda diferencia ventajosa "entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores".

El enriquecimiento puede consistir en un incremento patrimonial –lucro emergente–, o bien en una pérdida evitada –daño cesante–, consistente por ejemplo en el ahorro de un gasto que habría tenido que efectuarse de no mediar la actividad de la otra parte, o en la exención de una obligación o del gravamen sobre un bien. Por tanto, el enriquecimiento puede resultar, tanto de un aumento en el *activo* del patrimonio, por el ingreso de un bien o la valorización de un bien ya existente, como de la disminución en el *pasivo* del patrimonio por la cancelación *total* o *parcial* de una deuda.

Entran dentro de la noción de enriquecimiento: las prestaciones satisfechas en virtud de un contrato nulo; los servicios prestados a quien se beneficia con ellos; la explotación comercial de un invento efectuado por un empleado; cualquier actividad susceptible de apreciación pecunaria, que redundase en beneficio de otra persona como las lecciones impagas dadas a un menor, que habían contratado los parientes de éste.

1642. b) EMPOBRECIMIENTO DEL DEMANDANTE.– El segundo requisito de la acción que se estudia es el *empobrecimiento* del actor, que consiste en todo menoscabo de orden patrimonial que él padece, sea un *daño emergente* o *un lucro cesante*.

Este requisito se concreta en la privación de la propiedad o goce de un bien, así como en la baldía prestación de servicios sin intención de efectuar liberalidad alguna.

No procede la acción de *in rem verso* si falta este elemento, aunque la actividad del agente haya provocado el enriquecimiento ajeno. Así cuando el dueño de un campo para evitar inundaciones realiza obras de desagüe que también favorecen al lindero, éste se enriquece pero él no se ha empobrecido porque efectuó el gasto consultando su interés. Igualmente ocurre con la transmisión radial de música, o de espectáculo por televisión, que aprovechan los propietarios de cafés o confiterías para atraer a clientes: ello implica un enriquecimiento sin empobrecimiento de las empresas transmisoras.

1643. c) RELACIÓN CAUSAL ENTRE EMPOBRECIMIENTO Y ENRIQUECIMIENTO.– La generalidad de la doctrina define este requisito como una relación de causalidad entre el empobrecimiento de uno (causa) y el enriquecimiento del otro (efecto). Sin embargo, se ha observado que sería "más preciso decir que entre ambos fenómenos debe mediar una correlación, una correspondencia" (Trigo Represas). Nosotros pensamos que se trata de *fenómenos concomitantes*, apareciendo uno como antecedente del otro, el empobrecimiento del correlativo enriquecimiento, ya que no existiría éste sin aquél. Pero ello no significa que necesariamente sea el empobrecimiento la causa del enriquecimiento, lo cual queda desmentido cuando se trata de consecuencias simultáneas de un mismo hecho que provoca contemporáneamente el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro, por ejemplo, cuando tiene lugar la mezcla o confusión de una

cosa principal y otra accesoria, por una causa extraña a las partes (conf. arts. 2594 y 2600).

1644. d) AUSENCIA DE JUSTA CAUSA.– El progreso de la acción que estudiamos está supeditado a la ausencia de justa causa que pueda invocar el demandado para justificar el enriquecimiento realizado por él.

Se ha controvertido el significado de ese vocablo "causa", en las obligaciones resultantes de un enriquecimiento sin causa. Según la comprensión más generalizada, que nosotros compartimos, la palabra "causa" alude a la *causa eficiente* del derecho obtenido por quien se ha enriquecido. Cuando éste ostenta un *título legítimo* que puede oponer al demandante, y que justifica la adquisición del bien o valor entrado en su patrimonio, él tiene *justa causa* para retener ese bien o valor y está a resguardo de la acción de *in rem verso*. En cambio, si el demandado carece de título justificante de la adquisición en desmedro del accionante, está precisado a restituir aquello con que se ha enriquecido.

Es de advertir que el concepto de "justa causa" de la adquisición es relativo porque se aprecia *con respecto al empobrecido*. Aunque el enriquecido tenga un título suficiente de adquisición frente al inmediato autor de su derecho, ello no lo deja al margen de la restitución por vía de la *in rem verso* si este título no es una justa causa de retención del enriquecido frente al empobrecido.

1645. e) CARENCIA DE OTRA ACCIÓN: PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.– La generalidad de la doctrina opina que la procedencia de la acción de *in rem verso* está supeditada a la carencia de otra acción con la que pueda el empobrecido remediar el menoscabo que él ha sufrido. Pues, si dispone de otra acción para ello, por eso sólo la primera acción queda eliminada, porque ella no es una panacea que pueda servir para corregir todas las soluciones legales sino un dispositivo excepcional al que cuadra recurrir solamente cuando el daño experimentado no encuentra remedio en los resortes específicos del ordenamiento jurídico. Por ello, es un elemento de la acción que se examina, su carácter subsidiario. En una postura minoritaria algunos autores prescinden de este requisito negativo.

1646. EFECTOS.– Reunidos los requisitos antes expuestos el empobrecido dispone de una acción de reintegro contra el enriquecido. Es de advertir que *no se trata de una acción de indemnización* porque no se trata de reparar un daño que alguien hubiera causado en razón de los principios

relativos a la responsabilidad. Se trata de una *acción de reintegro o de restitución* que debe satisfacer quien ha aprovechado de los bienes ajenos.

Esa acción de restitución está limitada por dos topes: 1º) por tratarse de un *reintegro* no puede exceder nunca la restitución de lo que hubiera perdido el demandante: el desmedro del demandante marca el máximo de su aspiración a ser restablecido en el *statu-quo* anterior al hecho que provocó ese menoscabo; 2º) la restitución no puede exceder del enriquecimiento obtenido por el demandado. Si el empobrecimiento fuese mayor que el enriquecimiento, quedará un déficit a cargo del empobrecido que no le resultará cubierto, ya que el demandado no se habría beneficiado a ese respecto y el beneficio siempre marca también el *límite máximo* de la posible restitución. Si, en cambio, el enriquecimiento fuese mayor que el empobrecimiento como la restitución sólo abarca esto último, le quedará un remanente de beneficio a su favor al enriquecido.

1647. PRESCRIPCIÓN.– Como la acción de *in rem verso* no tiene un plazo particular de prescripción, cae bajo el régimen general de la prescripción decenal prevista en el art. 4023.

190

CAPÍTULO XVII

OBLIGACIONES "EX-LEGE"

1648. NOCIÓN.– Son obligaciones *ex-lege* aquellas cuya causa eficiente reside en el arbitrio del legislador. Si no hubiese mediado la voluntad del legislador que atribuye a cierto hecho la virtualidad de originar la obligación ésta no hubiera existido. Responden a esta noción un cierto número de obligaciones que, desde luego, no están sistematizadas sino, contrariamente, diseminadas a través de todo el articulado legal. Son ejemplos de obligaciones *ex-lege*: los impuestos que el legislador crea en tales o cuales condiciones; el derecho de medianería que nace a favor del propietario de una pared contigua por el hecho de haber sido utilizada esa pared por el vecino que no la había construido a sus expensas; la obligación de pasar alimentos entre parientes cercanos; la obligación de no plantar árboles o arbustos en la proximidad del terreno lindero (conf. art. 2628); etcétera.

1649. CARACTERES.– Las obligaciones *ex-lege* se rigen por los principios generales que gobiernan a cualesquiera obligaciones. A diferencia de las obligaciones contractuales y las obligaciones que provienen de los hechos ilícitos, que tienen un estatuto peculiar que rige a todas las concretas obligaciones encuadradas en la respectiva categoría, las obligaciones *ex-lege* carecen de ese estatuto uniforme y contrariamente se sujetan al régimen particular que en cada situación ha estructurado el legislador.

1650. TÉCNICA LEGAL.– Lo expuesto precedentemente explica que no figure en un título o sección determinado del Código Civil el tratamiento de las obligaciones *ex-lege*. Para establecer cuál es el régimen que corresponde a cada obligación legal es menester acudir a las disposiciones legales que las han creado, sin uniformidad alguna y respondiendo a las peculia-

ridades de cada situación. Esto explica así que la obligación de medianería sea *propter rem*, que la obligación de alimentos no pueda cobrarse si el acreedor ha dejado acumular las prestaciones periódicas correspondientes, etcétera.

1651. DIVERSOS CASOS.– Numerosísimos son los supuestos de obligaciones *ex-lege*. Entre ellos mencionaremos, a título de ejemplo, los siguientes:

a) La prestación de alimentos fundada en el parentesco (arts. 367 a 376) o en el vínculo conyugal (arts. 198, 207, 208 y 209), que pesa entre parientes y cónyuges, recíprocamente.

b) Las recompensas que correspondieren a uno u otro de los cónyuges al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal, con motivo de las inversiones que se hubieran efectuado con bienes gananciales en el patrimonio de alguno de los esposos o de fondos particulares de éstos en el patrimonio de la sociedad conyugal.

c) Las obligaciones de los tutores y curadores que fueren susceptibles de apreciación pecunaria.

d) La obligación de recompensar a la persona que encontró una cosa perdida (conf. art. 2533), o que facilitó su hallazgo (art. 2422); o a favor del descubridor de un tesoro (arts. 2550 y sigs.).

e) Los impuestos y contribuciones establecidos por el Estado, a cargo de los contribuyentes.

f) La obligación que en ciertas circunstancias se impone a los particulares de "exhibir" determinadas cosas, como la cosa mueble que se reclama por acción real, los testamentos, los títulos concernientes a la cosa vendida, si ocurriere la evicción y se hallaren tales títulos en manos del comprador o del vendedor.

g) La obligación de "exhibición general de los libros de los comerciantes" que pueden decretar los jueces a instancia de parte interesada en los juicios sucesorios o relativos a comunión de bienes o sociedades o administradores y gestión mercantil por cuenta ajena y en caso de liquidación o de quiebra (art. 58, Cód. de Com.).

h) La obligación de garantía o seguridad contra la evicción y vicios redhibitorios (arts. 2091 y 2164);

i) La obligación de garantizar la existencia y legitimidad del derecho que se cede al tiempo de la cesión (art. 1476).

No pensamos que puedan calificarse como obligaciones *ex-lege* las que enuncia el codificador con respecto a cada categoría de contrato, porque pudiendo las partes alterar esas obligaciones en rigor ellas reconocen tácitamente una fuente consensual.

1652. EL ABUSO DE DERECHO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD.– El principio que veda el abuso de derecho es una de esas normas fundamentales que regulan toda la convivencia social. En nuestra materia nos interesa especialmente como presupuesto de responsabilidad. Cuando alguien abusa de un derecho propio, causando un daño, debe responder por ese daño resarciendo al damnificado el perjuicio que ha sufrido. Es que tal conducta importa la comisión de un acto ilícito que compromete la responsabilidad del agente. Esto hace ver que el abuso de derecho no constituye una fuente autónoma de obligaciones sino que queda subsumido en el campo de los actos ilícitos.

1653. LEY 17.711.– Con respecto al abuso de derecho la ley 17.711 ha introducido una importante modificación en el articulado del Código Civil.

a) Por lo pronto en la redacción de la fórmula que contenía el art. 1071 ha aclarado que el ejercicio del derecho propio allí mentado es el ejercicio "regular", lo cual es fundamental para encuadrar el funcionamiento de los derechos subjetivos en un ambiente de saludable convivencia social.

b) Asimismo, la ley 17.711 ha incorporado al art. 1071 el siguiente agregado: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

En cuanto al criterio para discriminar cuál es un ejercicio abusivo de los derechos, la ley establece una doble directiva, sumamente interesante. Una primera, es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce, en lo que se sigue la opinión de Porcherot y de Josserand: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando al objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad.

199

La segunda directiva es más amplia y traslada a esta situación, la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Por ello siguiendo la idea de Savatier y de Roberto Goldschmith la ley califica como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
BIBLIOTECA

-85793

INDICE

Prólogo a la duodécima edición actualizada 7

SECCIÓN PRIMERA

TEORIA GENERAL DE LA OBLIGACION

CAPÍTULO I

NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES

I. *Concepto de obligación:* 1. Nociones vulgar y técnica. – 2. Concepto de obligación. – 3. Antecedentes históricos. – 4. Naturaleza jurídica de la obligación. – 5. Distinción de las obligaciones y los derechos reales. – 6-6 bis. Diferenciación de las obligaciones y los derechos de familia. – 6 ter. Obligaciones y contratos civiles y comerciales 11

II. *Elementos de la obligación:* 7. Enunciación. – 8. I) Sujeto. – 9. Quiénes pueden ser sujetos. – 10. Capacidad. – 11. Determinación. – 12. Obligaciones ambulatorias o *propter rem*. – 13. Pluralidad de sujetos. – 14. II) Objeto. – 15. Existencia del objeto. – 16. a) Determinación del objeto. – 17. b) Posibilidad del objeto. – 18. c) Valor pecuniario de la prestación; interés extrapatrimonial. – 19. Crítica a la teoría clásica. – 20. Distinción entre la prestación (siempre patrimonial) y el interés del acreedor (moral o material) al cual la obligación sirve. – 21. La cuestión en nuestro Código Civil. – 22. Legitimidad del objeto. – 23. Invocación y prueba de la ilegitimidad del objeto. 16

III. *Causa o fuente de la obligación:* 24. Causa o fuente de la obligación. – 25. Evolución histórica. – 26. Crítica moderna. – 27. Clasificación de Planiol. – 28. Otras clasificaciones. – 29. Clasificación tripartita adoptada. – 30. La teoría de la causa de las obligaciones en el Código Civil argentino. – 31. Principio de necesi-

dad de causa. – 32. Presunción de causa. – 33. Falsedad de causa. – 34. Principio de legitimidad de causa. – 35. Quid de la cesación de la ilicitud de la causa. – 36. Breve noción de cada fuente. – 37. Otras posibles causas de obligaciones. – 38. IV) ¿Hay otros elementos constitutivos de las obligaciones, fuera del sujeto, el objeto y la causa eficiente? Quid de la causa final. 23

CAPÍTULO II

INTERDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES

39. Noción. – 40. Fuentes de la accesoriedad. – 41. Especies. – 42. Efectos del principio de accesoriedad: relaciones mutuas. – 43. Excepciones al principio de accesoriedad. – 44. El principio de accesoriedad en la cláusula penal, en las condiciones y en los cargos. 33

CAPÍTULO III

EFECTOS PRINCIPALES DE LAS OBLIGACIONES

I. *Efectos de las obligaciones en general:* 45. Noción. – 46. Distinción con los efectos de los contratos. – 47. Entre quiénes se producen. – 48. Desubicación del art. 504. – 49. Clasificación de los efectos de las obligaciones. – 50. Derechos del deudor. 37

II. *Efectos normales o necesarios de las obligaciones:* 51. Concepto. – 52. Distintos modos de cumplimiento específico. – 53. A) Cumplimiento voluntario. – 54. B) Cumplimiento forzado. – 55. Limitaciones al cumplimiento forzado. – 56. a) Obligaciones de dar. – 57. b) Obligaciones de hacer. – 58. c) Obligaciones de no hacer. – 59. C) Cumplimiento por otro. – 60. Campo de aplicación del cumplimiento por otro. – 61. Quid de la autorización judicial. – 62. Pago por tercero. ... 39

III. *La astreinte como medio de compulsión del deudor:* 63. Noción. – 64. Antecedentes extranjeros de las *astreintes*. – 65. Derecho argentino: jurisprudencia. Ley 17.711. – 66. Naturaleza jurídica. – 67. Comparación de la *astreinte* con la indemnización de daños y perjuicios. – 68. Fundamento de la *astreinte*. – 69. Caracteres de la *astreinte*. – 70. No acumulación de la *astreinte* y la indemnización de daños y perjuicios. – 71. Beneficiario de la *astreinte*. – 72. Campo de aplicación de la *astreinte*. – 73. Punto de partida de las *astreintes*. – 74. Cesación de la *astreinte*. – 75. Prisión por deudas: evolución histórica. – 76. Multas civiles: legales, convencionales y judiciales. 43

IV. *Efectos anormales o accidentales de las obligaciones:* 77. Noción. – 78. Indemnización de daños y perjuicios: función de equivalencia patrimonial. – 79.

Carácter subsidiario de los daños y perjuicios. – 80. Disposición legal. – 81. Presupuestos de la responsabilidad del deudor. 48

V. *Mora:* 82. Primer presupuesto de responsabilidad: incumplimiento material. – 83. Incumplimiento y cumplimiento defectuoso. – 84. Incumplimiento material y estado de mora. 49

§ a) *Mora del deudor:* 85. Mora del deudor: elementos. – 86. Distintos sistemas de constitución en mora. Antecedentes históricos, fundamento, legislación comparada. – 87. El sistema de Vélez Sarsfield. – 88. Sistema de la ley 17.711: criterio casuista. – 89. Plazo expresamente convenido. – 90. Quid del vencimiento estéril del plazo. – 91. Obligaciones de plazo tácito. – 92. Obligaciones sin plazo. – 93. Factores impeditivos de mora. – 94. Obligaciones recíprocas. – 95. Mora legal. – 96. Otros casos de mora sin interpelación. – 97. I) Hecho ilícito. – 98. II) Confesión de mora. – 99. III) Imposibilidad de interpelar. – 100. IV) Imposibilidad de cumplimiento de la obligación. – 101. Efectos de la mora. – 102. Subsistencia del derecho del deudor de pagar durante la mora. – 103. Excepción al derecho de pagar durante la mora. – 104. Cesación de la mora. 51

§ b) *Mora del acreedor:* 105. Mora del acreedor. – 106. Efectos de la mora del acreedor. – 107. Cesación de la mora del acreedor. 60

VI. *Imputabilidad del incumplimiento del deudor:* 108. Segundo presupuesto de la responsabilidad del deudor. – 109. Quid del acreedor moroso. 61

VII. *Dolo:* 110. Distintas acepciones. – 111. Concepto de dolo en el incumplimiento de la obligación. – 112. No se requiere la intención de dañar. – 113. Efectos del dolo. – 114. Dispensa del dolo. – 115. Fundamento de la prohibición. – 116. Alcance de la prohibición. – 117. Extensión de la prohibición a los subordinados. – 118. Sanción que recae sobre la dispensa del dolo. – 119. Prueba del dolo. – 120. Interés en probar el dolo. 62

VIII. *Culpa:* 121. Noción. – 122. Elementos de la culpa. – 123. Unidad y dualidad de culpa. – 124. Diversidad de régimen de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. – 125. Criterios de apreciación de la culpa. – 126. Clasificación y graduación de la culpa. Teoría romana de la prestación de la culpa. – 127. Evolución histórica. Antiguos derechos español y francés. – 128. Sistema de nuestro Código. – 129. Proyectos de Reforma. – 130. Derecho comparado. – 131. Prueba de la culpa: Criterio clásico. – 132. Fundamentos de la presunción de culpa. – 133. Si subsiste la presunción en las obligaciones de medio. – 134. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado. – 135. No hay derogación de la presunción de culpa. – 136. Dispensa de la culpa. – 137. Dispensa parcial de la culpa: cláusula limitativas de responsabilidad. – 138. Dispensa total de culpa: cláusulas de no responsabilidad. – 139. Prohibición legal de la dispensa de responsabilidad. – 140. Culpa concurrente. – 141. Culpa de los representantes y dependientes o subordinados. – 142. Culpa precontractual y culpa *in contrahendo*. – 143. Aplicaciones legales. – 144. Quid de un tipo de responsabili-

192

dad exento de culpa o dolo. ¿Existe un tipo de responsabilidad distinto del dolo o la culpa? 64

IX. *Riesgo creado:* 145. Idea del riesgo en la teoría de la responsabilidad. – 146. Evolución histórica. – 147. Accidentes industriales y transportes mecánicos. – 148. Responsabilidad objetiva. – 149. Reacción doctrinaria. – 150. Tentativa de soluciones intermedias. – 151. El Código de Vélez. – 152. Ley 17.711. – 153. La indemnización de equidad. 75

X. *Caso fortuito o fuerza mayor:* 154. Supuesto de inimputabilidad. – 155. Noción legal de caso fortuito. – 156. Distinción conceptual y asimilación legal. – 157. Extensión de los principios expuestos a la situación del acreedor moroso. – 158. Caracteres constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor. – 159. a) Hecho imprevisible. – 160 b) Hecho inevitable. – 161 c) Hecho ajeno al deudor. – 162 d) Hecho actual. – 163. e) Hecho sobreviniente a la constitución de la obligación. – 164 f) Obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación. – 165. Imposibilidad moral. – 166. Imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa. – 167. Diversos casos: jurisprudencia. – 168. Fuerzas naturales. – 169. Hecho del príncipe: acto de autoridad pública. – 170. Guerra. – 171. Huelga. – 172. Hecho de tercero. – 173. Incendio. – 174. Enfermedad. – 175. Prueba del caso fortuito. – 176. Efectos del caso fortuito. Principio general y excepciones. – 177. Excepciones al principio de irresponsabilidad. – 178. Primera excepción: cláusula de responsabilidad y pacto de garantía. – 179. Segunda excepción: *casus dolo vel culpa determinatus*. – 180. Conjunción de culpa y *casus*. – 181. Tercera excepción: caso fortuito posterior a la mora. 78

XI. *Teoría de la imprevisión:* 182. Noción. – 183. Origen. Evolución histórica. – 184. La teoría de la imprevisión en nuestro derecho. – 185. Fundamento de la teoría. – 186. Nuestra opinión. – 187. Extremos de aplicabilidad de la teoría. – 188. Naturaleza fluyente del derecho afectado: discusión. – 188 bis. Efectos de la hiperinflación. – 189. Efectos de la teoría. – 190. Jurisprudencia. – 191. Ley 17.711. Aceptación legal de la teoría de la imprevisión. – 192. Contratos a los que se aplica la teoría. – 193. Conexión con el abuso de derecho. – 194. Efectos de la teoría en la ley 17.711. – 195. Pactos referentes a la teoría de la imprevisión. – 196. Diferencias con el caso fortuito. – 196. bis-196. ter. La teoría de la imprevisión y el desagio. – 196. quater. La imprevisión y la Ley de Convertibilidad. 86

XII. *Daños e intereses:* 197. Tercer presupuesto de la responsabilidad del deudor. – 198. Noción de daño. – 199. Daño del deudor. – 200. Distintas especies de daño. – 201. Daño compensatorio y moratorio. – 202. Daños comunes y propios. – 203. Daños inmediatos y mediatos. – 204. Daños directos e indirectos. 205. Daños previstos e imprevistos. Daños previsibles e imprevisibles. – 206. Daños intrínsecos y extrínsecos. – 207. Daño actual, futuro y eventual. – 208. Quid de la "chance". – 209. Daño al interés positivo y daño al interés negativo. – 210. Daño patrimonial y daño moral. – 211. Indemnización de daños y perjuicios. – 212. Fundamento de la indemnización. – 213. Finalidad de la indemnización. – 214. Caracteres de la indemnización. – 215. Requisitos del daño resarcible. – 216. Existencia y prueba del daño. – 217. Entidad del daño. – 218. Compensación del daño con el lucro. – 219. Avaluación del daño: convencional, legal, judicial. – 220. Fecha de la valuación del daño. – 221. Cuándo la valuación del daño no se hace a la fecha de la sentencia. – 222. Depreciación monetaria. – 222 bis. La convertibilidad. Ley 23.928. – 222 ter. Ley 24.283. – 223. Quid de la valuación del daño proveniente de la frustración de adquisición de un inmueble. – 224. El monto de la demanda como tope de la indemnización. – 225. Influencia de la situación patrimonial del deudor en la determinación de la indemnización: ley 17.711. – 225 bis. Caso de la ejecución hipotecaria. Ley 24.441 sobre vivienda y leasing. – 225 ter. Tope porcentual de la responsabilidad por el pago de costas. Ley 24.432. 97

XIII. *Reparación del agravio moral:* 226. Planteo del asunto. – 227. Concepto del daño moral. – 228. Comparación con el daño patrimonial. – 229. Fundamento de la reparación del daño moral. Discusión doctrinaria. – 230. Tesis del "resarcimiento". – 231. Crítica de la teoría del "resarcimiento". – 232. La teoría de la "sanción ejemplar". – 233. Consecuencias del fundamento de la reparación del daño moral. – 234. a) Hechos que dan lugar a la reparación del daño moral. – 235. b) Titular de la reparación. – 236. c) Criterio para fijar la cuantía de la reparación. – 237. d) Transmisibilidad de la acción reparatoria. – 238. e) Ejercicio de la acción por los acreedores del agraviado. – 239. f) Carácter punitorio de la reparación. – 240. Derecho comparado. – 241. Sistema del Código de Vélez: discusión y crítica. – 242. a) Teoría del resarcimiento amplio. – 243. b) Teoría del resarcimiento en toda clase de hechos ilícitos. – 244. c) Teoría de la reparación en los delitos criminales, sean delitos civiles o cuasidelitos. – 245. d) Teoría de la reparación sólo en los delitos civiles que sean, al propio tiempo, delitos criminales. – 246. Crítica del sistema del Código. – 247. Ley 17.711: criterio legal y consecuencias. 112

XIV. *Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño:* 248. Cuarto presupuesto de la responsabilidad civil. – 249. Causalidad material y causalidad jurídica. – 250. Doctrinas acerca de la relación de causalidad. – 251. a) Teoría de la equivalencia de condiciones. – 252. b) Teoría de la causa próxima. – 253. c) Teoría de la condición preponderante. – 254. d) Teoría de la causa eficiente. – 255. e) Teoría de la causa adecuada. – 256. Extensión del resarcimiento. – 257. Antecedentes históricos de la cuestión. – 258. Sistema de nuestro Código Civil. – 259. 1) Extensión del resarcimiento en la responsabilidad contractual. Principio general. – 260. a) Qué es consecuencia inmediata. – 261. b) Qué es consecuencia necesaria. – 262. Ampliación del resarcimiento en caso de dolo del deudor. – 263. El antiguo art. 521: discusión interpretativa. – 264. Modificación del precepto por la ley 17.711: alcance del criterio legal. – 265. 2) La extensión del resarcimiento en la responsabilidad extracontractual. Principio general. – 266. Comparación. – 267. Ampliación del resarcimiento en caso de dolo del agente. – 268. Comparación en las distintas hipótesis de dolo. – 269. Distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes. 118

XV. *Cláusula penal:* 270. Concepto. – 271. Función de la cláusula penal: su relación con los daños y perjuicios. – 272. Método del Código: crítica. – 273. Origen histórico y finalidad práctica. – 274. Clasificación. – 275. Caracteres. – 276. Comparación de la cláusula penal con otras obligaciones: a) Cláusula penal y obli-

gación alternativa. – 277. b) Cláusula penal y obligación facultativa. – 278. c) Cláusula penal y obligación condicional. – 279. d) Cláusula penal y arras. Pacto de displicencia. – 280. Tiempo, forma y modalidades de la estipulación de la cláusula penal. – 281. Causa o fuente de la obligación penal. – 282. Sujeto activo y pasivo de la pena. – 283. Objeto de la pena. – 284. Inmutabilidad de la pena. – 285. Evolución histórica. – 286. Legislación comparada. – 287. El principio de la inmutabilidad en el Código Civil. – 288. Jurisprudencia. – 289. Sanción que comporta la pena excesiva. – 290. El principio de la inmutabilidad de la pena en la ley 17.711. – 290 bis. Cláusula penal irrisoria. – 291. Caso de cumplimiento parcial o irregular. – 292. Caso de incumplimiento doloso del deudor. – 293. Efectos de la cláusula penal. – 294. a) Efecto subsidiario. Principio de no acumulación. – 295. Excepciones al principio de no acumulación. – 296. Quid de la acumulación de una pena moratoria y otra compensatoria. – 297. No acumulación de la pena y la indemnización de daños y perjuicios. – 298. b) Efecto accesorio de la cláusula penal. – 299. Excepciones al principio de accesoriedad. – 300. Venta de cosa ajena. – 301. Contrato de objeto inexistente. – 302. Excepciones impropias al principio de accesoriedad. – 303. 1) Penas en contratos por cuenta de terceros. – 304. 2) Penas en contratos a favor de terceros. – 305. Condiciones de aplicación de la cláusula penal. – 306. Existencia y prueba del daño. – 307. Imputabilidad del incumplimiento al deudor. – 308. Mora del deudor. – 309. Cláusula penal y obligaciones de sujeto plural. – 310. 1) Pluralidad de deudores. – 311. a) Pena divisible y obligación principal divisible o indivisible. – 312. b) Pena divisible y obligación principal solidaria. – 313. c) Pena indivisible o solidaria. – 314. d) Cuestión de contribución entre los deudores pasibles de multa. – 315. 2) Pluralidad de acreedores. – 316. a) Pena y obligación principal divisible. – 317. b) Pena divisible y obligación indivisible. – 318. c) Pena divisible y obligación principal solidaria. – 319. d) Pena indivisible o solidaria. – 320. e) Cuestión de recurso. – 321. 3) Pluralidad de deudores y acreedores. – 322. Extinción de la pena. 127

CAPÍTULO IV

EFECTOS AUXILIARES DE LAS OBLIGACIONES

I. *Efectos auxiliares o secundarios de la obligación:* 323. Noción. – 324. Enunciación. – 325. Situación jurídica del deudor respecto de sus bienes. Principio general. – 326. Derecho del acreedor a la conservación del patrimonio del deudor y a la ejecución de sus bienes. – 327. Principio de la garantía colectiva. – 328. Fundamentos legales del principio. – 329. Limitaciones del principio. – 330. Distintas clases de acreedores. – 331. Bienes excluidos de la garantía colectiva. – 332. Derechos y acciones provenientes de contratos. – 333. Dinamismo de la garantía común. – 334. A) Medidas precautorias. – 335. Embargo. – 336. Quid del privilegio del primer embargante. – 337. Inhibición general de bienes. – 338. Anotación de litis. – 339. Prohibición de innovar. – 339 bis. Prohibición de contratar (art. 231, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). – 340. Intervención del acreedor en los juicios en que el deudor es parte. – 341. B) Acciones de integración o deslinde del patrimonio del deudor. – 342. Acción revocatoria o pauliana. Noción. – 343. Acción de simulación. Noción. – 334. Acción subrogatoria. – 345. Acción de separación de patrimonios. Noción. – 346. C) Vías de ejecución y liquidación. – 347. I) Ejecución individual de los acreedores. – 348. Embargo ejecutivo. – 349. Subasta. – 350. Liquidación. – 351. Incidentes de la ejecución. Tercerías. – 351 bis. Ley 24.441. La llamada ejecución hipotecaria extrajudicial. – 352. II) Ejecución colectiva de los acreedores. – 353. D) Noción de privilegio. Fundamento. – 354. Naturaleza jurídica. – 355. Asiento del privilegio. Subrogación real. – 356. Caracteres. – 357. Clasificación. – 358. Privilegios generales: identidad de su asiento. – 359. Explicación sucinta de cada privilegio. – 360. A) Privilegios generales que resultan del Código Civil. 1) Gastos de justicia. – 361. 2) Créditos del fisco. – 362. 3) Gastos funerarios. – 363. 4) Gastos de última enfermedad. – 364. 5) Remuneraciones y subsidios familiares del dependiente. – 365. 6) Alimentos. – 366. B) Privilegios generales ajenos al Código Civil. Privilegio instituido por el Código Penal. – 367. Variantes introducidas a los privilegios generales por la antigua ley de quiebras 11.719. – 368. C) Privilegios especiales sobre cosas muebles determinadas. Enunciación legal. – 369. 1) Privilegio del locador. – 370. 2) Privilegio del posadero. Asimilación al privilegio del locador. – 371. 3) Privilegio del acarreador. Nueva asimilación legal. – 372. 4) Privilegio relativo a suministros rurales. – 373. 5) Privilegio del obrero o artesano. – 374. 6) Privilegio del conservador. – 375. 7) Privilegio del vendedor de cosa mueble. – 376. 8) Privilegio del depositante. – 377. 9) Privilegio del acreedor prendario. – 378. 10) Privilegios ajenos al Código Civil. – 379. D) Privilegios especiales sobre inmuebles. 1) Privilegio del vendedor de inmueble. – 380. 2) Privilegio del prestamista de dinero para la adquisición de un inmueble. – 381. 3) Privilegio de los copartícipes. – 382. 4) Privilegio del donante. – 383. 5) Privilegio de arquitectos, empresarios y obreros de la construcción. – 384. 6) Privilegio del prestamista de dinero para pagar a arquitectos, empresarios y obreros. – 385. 7) Privilegio del proveedor de los materiales de la construcción. – 386. 8) Privilegio del acreedor hipotecario. – 387. 9) Privilegios ajenos al Código Civil. Privilegio del arrendatario rural. – 388. Privilegio del aviador de minas. – 389. Privilegio del consorcio de propiedad horizontal. – 390. El problema del orden de los privilegios. – 391. Derecho de retención: concepto. – 392. Naturaleza jurídica. – 393. Caracteres. – 394. Requisitos. – 395. Retención y privilegio. Ley 17.711. – 396. Efectos. – 397. Sustitución. – 398. Extinción. 141

II *Acción subrogatoria:* 399. Concepto. – 400. Metodología del Código: crítica. – 401. Origen, evolución y derecho comparado. – 402. Importancia de este remedio. – 403. Naturaleza jurídica. – 404. a) Teoría de la gestión de negocios. – 405. b) Teoría de la cesión tácita. – 406. c) Teoría del mandato legal. – 407. d) Teoría de la *procuratio in re suam*. – 408. e) Teoría del título propio. – 409. f) Nuestra opinión: institución compleja. – 410. Fundamento de la acción subrogatoria. – 411. Carácter conservatorio o ejecutivo de la acción. – 412. Otros caracteres complementarios. – 413. Acciones y derechos susceptibles de subrogación. Principio. – 414. Excepciones. – 415. I) Derechos inherentes a la persona. – 416 II) Derechos extrapatrimoniales. – 417. III) Derechos inembargables. – 418. IV) Las simples facultades del deudor. – 419. Jurisprudencia. – 420. V) Supuestos controvertidos. – 421. A) Daños y perjuicios provenientes de hechos ilícitos. – 422. B) Acciones de nu-

193

lidad relativa. – 423. C) Acciones por resolución o rescisión de contrato. – 424. Acreedores a quienes se otorga la acción subrogatoria. – 425. Condiciones de ejercicio de la acción subrogatoria. – 426. Primera condición esencial: a) calidad de acreedor en el subrogante. – 427. Segunda condición esencial: b) inacción del deudor. – 428. Tercera condición esencial: c) interés legítimo del acreedor. – 429. Quid de la citación al deudor: art. 112, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. – 430. Recaudos superfluos. – 431. Subrogación judicial: controversia. – 432. Efectos de la acción subrogatoria. – 433. a) Efectos de la subrogación entre actor y demandado. – 434. Defensas oponibles a la demanda. – 435. Monto de la condena. – 436. Disponibilidad del crédito. – 437. b) Efectos de la subrogación entre el acreedor subrogante y el deudor subrogado. – 435. c) Efectos de la subrogación entre el deudor substituido y el demandado. – 439. d) Efectos de la subrogación respecto de los demás acreedores del subrogado. – 440. Procedimiento de la subrogación. – 441. Cesación de la subrogación. – 442. Comparación de la acción subrogatoria con otras acciones protectoras de la garantía colectiva de los acreedores. 171

III. *Acciones directas:* 443. Concepto. – 444. Importancia. – 445. Carácter excepcional. – 446. Fundamento de las acciones directas. – 447. Condiciones de ejercicio. – 448. Efectos de la acción directa. – 449. Casos de acción directa. – 450. Quid de la acción directa del damnificado por un hecho ilícito contra el asegurador del responsable. – 451. Ley de seguros 17.418. – 452. Comparación de las acciones directa y subrogatoria. 184

IV. *Acción revocatoria:* 453. Concepto y terminología. – 454. Método del Código: crítica. – 455. Origen, evolución y fuentes legales. – 456. Fundamento. – 457. Naturaleza y caracteres. – 458. Requisitos generales. – 459. Requisito especial si el acto es a título oneroso. – 460. Quiénes pueden intentarla. – 461. Actos atacables. – 462. Prueba. – 463. Efectos. – 464. Acción revocatoria concursal: ley 24.522. – 465. Paralelo con la acción subrogatoria. – 466. Paralelo con la acción de simulación. 189

V. *Acción de simulación:* 467. Nociones generales. – 468. Acción entre las partes: ley 17.711. – 469. Acción de los acreedores. – 470. Caracteres y requisitos. – 471. Paralelo con la revocatoria. – 472. Acumulación. – 473. A quiénes y contra quiénes se acuerda. – 474. Prueba. – 475. Efectos. – 476. Enajenación a un subadquirente de buena fe. – 477. Impugnación de sentencias en juicios simulados. 194

CAPÍTULO V

CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

478. Diversos criterios de discriminación. 199

I. *Obligaciones naturales:* 479. Distinción de las obligaciones civiles y naturales. – 480. Concepto de obligación natural. – 481. Antecedentes históricos. –

482. El pensamiento de Pothier. – 483. Derecho comparado. – 484. Proyectos de Reforma. – 485-489. Naturaleza jurídica: doctrinas explicativas. – 490. El régimen del Código Civil. – 491. Caracteres. – 492. Enumeración legal. – 493. A) Obligaciones de incapaces dotados de discernimiento. – 494. Inoperancia de la derogación legislativa del art. 515, inc. 1°. – 495. Desde cuándo existen estas obligaciones naturales. – 496. B) Obligaciones prescriptas. – 497. Desde cuándo son naturales estas obligaciones. – 498. C) Obligaciones derivadas de actos nulos por vicio de forma. – 499. D) Obligaciones no reconocidas en juicio. – 500. E) Deudas de juego. – 501. Otros supuestos de obligaciones naturales. – 502-508. Distintas aplicaciones de la noción de obligación natural. – 509. Efectos primordiales de las obligaciones naturales. – 510. Inejecutabilidad de la obligación. – 511. Irrepetibilidad del pago espontáneo. – 512. Contenido del acto de cumplimiento. – 513. Naturaleza del acto de cumplimiento: ¿pago o liberalidad? – 514. Pago parcial. – 515. Ausencia de compensación y de derecho de retención. – 516. Efectos secundarios de las obligaciones naturales. – 517. Conversión en obligación civil: novación. – 518. Garantía de la obligación. – 519. Otros medios extintivos. – 520. Transmisión de las obligaciones naturales. 200

II. *Obligaciones puras y simples y modales:* 521. Distinción doctrinaria y legal. – 522. Método del Código; crítica. – 523. Modalidades: caracteres y función. – 524. Relación con los actos jurídicos: principio y excepciones. 211

§ 1. *Obligaciones condicionales:* 525. Concepto. – 526. Caracteres. – 527. Doble función: suspensiva, resolutoria. – 528. Especies: positivas y negativas; posibles e imposibles; lícitas e ilícitas o prohibidas; casuales, potestativas y mixtas. – 529. Cumplimiento: tiempo y forma, indivisible, ficto; condiciones conjuntas o disyuntivas. – 530. Rectroactividad: noción, crítica, derecho comparado, proyectos de reforma. – 531. Derecho eventual: su naturaleza y transmisibilidad. – 532. Efectos particulares de la condición suspensiva y de la resolutoria: pendiente, cumplida o fracasada. – 533. Efectos entre partes de la condición suspensiva. – 534. Riesgos, aumentos y frutos de la cosa. – 535. Efectos entre partes de la condición resolutoria. – 536. Riesgos, aumentos y frutos de la cosa. – 537. Efectos respecto de terceros de la condición suspensiva. – 538. Efectos respecto de terceros de la condición resolutoria. – 539. Efecto *ipso jure*; condición resolutoria y pacto comisorio. 212

§ 2. *Obligaciones a plazo:* 540. Concepto. – 541. Caracteres. – 542. Diferencias con la condición. – 543. Especies. – 544. A quién favorece. – 545. Cómputo. – 546. Caducidad. – 547. Efectos: antes y después de vencido. – 548. Pago anticipado: ley 17.711. 222

§ 3. *Obligaciones con cargo:* 549. Concepto. – 550. Caracteres. – 551. Diferencias con la condición, el plazo y el consejo. – 552. Terminología legal. – 553. Por quién, cuándo y cómo debe cumplirse. – 554. Efectos de su ejecución o inejecución. – 555. Transmisión hereditaria. – 556. Cargos imposibles, ilícitos o inmorales. 226

III. *Obligaciones de dar cosas ciertas:* 557. Obligaciones de dar: definición. – 558. Clasificación de las obligaciones de dar. – 559. Obligaciones de dar cosa cierta: concepto. – 560. Finalidad y régimen de la obligación de dar cosa cierta. – 561. Extensión del objeto: accesorios. – 562. Deberes del deudor. – 563. Efectos diferenciales de la obligación. 228

§ 1. *Obligación tendiente a la constitución del dominio u otro derecho real:* 564. Principio legal. – 565. Sistema romano de la tradición. – 566. Crítica al sistema de la tradición. – 567. Sistema francés: reforma del año 1955. – 568. Sistema alemán. – 569. Proyectos de reforma del Código Civil. – 570. La tradición y los Registros de Propiedad de jurisdicción local. – 571. Innovación de la ley 17.711. – 572. Efectos peculiares de esta clase de obligaciones: A) Efectos entre las partes.– 573. 578. a) Riesgos de la cosa: pérdida y deterioro. Responsabilidad del deudor: derecho del acreedor, valuación del daño resarcible. – 579- 580. b) Aumentos y mejoras de la cosa. – 581. Derecho de disolución. – 582. Valor de reintegro. – 583. c) Frutos de la cosa. – 584. Gastos. – 585. B) Efectos con respecto a terceros. Conflicto de acreedores. – 586. a) Cosas muebles. – 587. Quid de la clasificación de la acción contra el poseedor de mala fe. – 588. Consecuencias. – 589. b) Cosas inmuebles. – 590. c) Acción resarcitoria subsidiaria. – 591. d) Conflicto entre acreedores sin posesión. 230

§ 2. *Obligación de restituir la cosa a su dueño:* 592. A) Efectos entre las partes. – 593. a) Riesgo de la cosa: pérdida o deterioro. – 594. Pérdida o deterioro culpable. – 595.b) Aumentos y mejoras de la cosa. – 596. I) Campo de aplicación del art. 589. – 597. II) Mejoras indemnizables. – 598. Mejoras no indemnizables. – 599. III) Monto de la indemnización por mejoras. – 600. Nuestra opinión. – 601. Modo de practicar la valuación de la mejora. – 602. Quid de las expensas necesarias. – 603. IV) Mejoras y derecho de retención. – 604. c) Frutos de la cosa. – 605. 607. B) Efectos respecto de terceros. 240

§ 3. *Obligaciones de transferir el uso o la tenencia de la cosa:* 608. Remisión legal. 244

IV. *Obligaciones de dar cosas inciertas:* 609. Noción general. – A.- *Obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles:* 610. Concepto y caracteres. – 611. Elección. – 612. A quién corresponde la elección. – 613-614. Criterio de elección: principios legales sobre la determinación del objeto. – 615-618. Modo de elección: diversas doctrinas. – 619. Tiempo de la elección. – 620. Efectos de esta clase de obligaciones. – 621. a) Antes de la elección. – 622. Caso del artículo 893: obligación de género limitado. – 623. Incumplimiento del deudor. Pacto comisorio implícito. – 624. b) Después de la elección. – 625. Obligación de género y pago por error. – 626. Quid de las obligaciones de género para restituir la cosa a su dueño. – B.- *Obligaciones de dar cosas fungibles o de cantidad:* 627. Noción legal. – 628. Supresión de esta categoría en el derecho moderno. – 629. Caracteres. – 630. Individualización del objeto. – 631. A quién corresponde practicar la individualización. – 632. Cumplimiento de la obligación. – 633. Quid de las restitución de cosas fungibles. – 634. Efectos de esta clase de obligaciones. – 635. a) Antes de la individualización. – 636. b) Después de la individualización. – 637. I) Primer supuesto: pérdida total no culpable. – 638. II) Segundo supuesto: pérdida parcial o deterioro parcial o total, no culpable. – 639. III) Tercer supuesto: pérdida o deterioro total, por culpa del deudor. – 640. Hipótesis de restitución de cantidades. – 641. IV) Cuarto supuesto: pérdida o deterioro parcial, culpable. – 642. Hipótesis de restitución de cantidades deterioradas o perdidas parcialmente. – 643. Cuál es el daño resarcible en las obligaciones de cantidad. – 644. Valuación del daño resarcible. 245

V. *Obligaciones de dar sumas de dinero:* 645. Noción e importancia. – 646. Régimen especial de las obligaciones de dinero. – 647. Deudas de dinero y deudas de valor. – 648. Discusión sobre la distinción de las deudas de dinero y de valor. – 649-650 bis. Distintos supuestos de deudas de valor. – 651-653. El dinero: funciones y caracteres. – 654. Régimen legal. – 655-655 bis. Obligaciones en moneda extranjera. – 656-656 bis. Función accidental de la moneda extranjera. – 657. Vía ejecutiva. – 658. Diversas clases de moneda. – 659. Obligaciones en moneda nacional. Naturaleza de la moneda argentina. – 659 bis. Ley de Convertibilidad. – 659 ter. Ley 25.561. – 660. Cumplimiento de las obligaciones de dinero: principio del nominalismo. – 661. Corrección del principio nominalista. – 662. Obligaciones en determinada moneda nacional. Obligaciones a oro. – 663. Tipo de cambio. – 664. Fecha del cambio. – 655. Cláusulas de estabilización de la prestación de dinero: noción. – 666. Distintas cláusulas de estabilización. – 667. Legitimidad de las cláusulas de estabilización. – 668. Indexación de las deudas de dinero. – 669. Noción de indexación. – 670. Cuándo procedía la indexación de la deuda de dinero. – 671. Quid de la indexación de oficio. – 672. Tiempo del pago. – 673-675. Lugar del pago. – 676-677. Incumplimiento: intereses, especies. – 678. Régimen de intereses compensatorios. Pacto de intereses. – 679. a) Pacto de intereses. – 680. b) Intereses legales. – 681. Régimen de los intereses moratorios. – 682. A) Créditos que devengan intereses moratorios: cuestión de liquidez. – 683. B) Tasas de los intereses moratorios. – 684. C) Curso de los intereses moratorios. – 685. D) Modo de constitución en mora. – 686. E) Los intereses moratorios como límite de la responsabilidad del deudor. – 687. Resarcimiento del daño mayor. – 688. Incremento de intereses por inconducta procesal maliciosa. – 689. F) Acumulación de intereses compensatorios y moratorios. – 690. Usura: noción de intereses usurarios. – 691. Naturaleza jurídica del contrato usuario. – 692. Tasa de los intereses usuarios. – 693. Nulidad parcial de los intereses excesivos. – 694. Carácter de la nulidad y sus consecuencias. – 695. Anatocismo: noción. – 696. Prohibición legal del anatocismo, principio y fundamento. – 697. Excepciones al principio del anatocismo. – 697 bis. Nuevo art. 623. – 698. Extinción de intereses: distintos modos. – 699. Recibo de pago total. – 700. Pago parcial. 253

VI. *Obligaciones de hacer y de no hacer:* 701. Noción. – 702. Quid de las obligaciones complejas o mixtas. – 703. Diferencias con las obligaciones de dar. – 704. Cumplimiento específico de las obligaciones de hacer: tiempo y modo de ejecución. – 705. Sanción por mal cumplimiento. – 706. Ejecución forzada. – 707. Ejecución por otro. – 708. Pago por tercero. – 709. Ejecución por equivalente: daños y perjuicios. – 710. Imposibilidad de cumplimiento sin culpa del deudor. – 711. Obligación de escriturar. – 712. Obligaciones de no hacer: proyección de nor-

mas. – 713. Tiempo y modo de la abstención debida. – 714. Abstención forzada: limitaciones. – 715. Cumplimiento por equivalente: daños y perjuicios. – 715 bis Imposibilidad de cumplimiento sin culpa del deudor. 277

VII. *Obligaciones de objeto plural o compuesto:* 716. Noción. – 717. Obligaciones de objeto conjunto: caracteres y régimen legal. – 718. Obligaciones de objeto disyunto: subdivisión. 285

§ 1.*Obligaciones alternativas:* 719. Concepto. – 720. Naturaleza: distintas teorías. – 721. Caracteres. – 722. Diferencias con las obligaciones facultativas. – 723. Diferencias con las obligaciones con cláusula penal. – 724. Diferencias con las obligaciones de género. – 725. Diferencias con las obligaciones condicionales. – 726. Elección: forma y fondo. – 727. Quién tiene derecho a elegir. – 728. Modo de efectuar la elección: distintas teorías. – 729. Tiempo de la elección: mora. – 730. Efectos de la elección. – 731. Prestaciones periódicas. – 732. Imposibilidad de las prestaciones. Teoría de los riesgos: distinciones legales. – 733-738. A.- *Contingencias sobrevenidas sin culpa.* – 739-753. B.- *Contingencias sobrevenidas por culpa: obligaciones alternativas regulares.* – 754-760. C.- *Contingencias sobrevenidas por culpa, referentes a obligaciones alternativas irregulares.* – 761-764. D.- *Aumentos y mejoras.* 285

§ 2. *Obligaciones facultativas:* 765. Definición. – 766. Naturaleza. – 767. Caracteres. – 768. Comparación con obligaciones afines. – 769. Comparación con la seña. – 770. Objeto de la prestación facultativa. – 771. Causa-fuente de la facultad de sustitución. – 772. Opción del deudor: cuándo se perfecciona. – 773. Efectos. – 774. Nulidad concerniente a una u otra prestación. – 775. Acción del acreedor. – 776. Imposibilidad de pago. – 777. Pérdida de una u otra prestación por culpa del deudor. – 778. Deterioro de una u otra prestación por culpa del deudor. – 779. Duda sobre la virtualidad alternativa o facultativa de la obligación. 297

VIII. *Obligaciones de sujeto múltiple:* 780. Pluralidad de acreedores o deudores. – 781. Pluralidad conjunta o disyunta. – 782. Conjunción divisible o indivisible. – 783. Conjunción mancomunada o solidaria. – 784. Clasificación de las obligaciones conjuntas. 301

§ 1. *Obligaciones disyuntivas o de sujeto alternativo:* 785. Noción. – 786. Caracteres. – 787. Naturaleza jurídica. – 788. Comparación con las obligaciones solidarias. – 789. Régimen aplicable a esta clase de obligaciones. – 790. Elección de acreedor o deudor. – 791. Demanda de cobro. – 792. Ausencia de reintegro de lo pagado o de distribución de lo recibido. – 793. Resumen. – 794. Quid de los depósitos bancarios a orden recíproca. 302

§ 2. *Mancomunación: simple o solidaria.* – 795. Concepto de mancomunación. – 796. Elementos de las obligaciones mancomunadas. – 797. Método del Código: crítica. – 798. Mancomunación simple y solidaria. 305

§ 3. *Obligaciones simplemente mancomunadas:* 799. Noción: remisión..... 306

§ 4. *Obligaciones divisibles:* 800. Concepto.– A. *Criterio de divisibilidad:* 801. Criterio de la clasificación. – 802. Antecedentes históricos y derecho comparado. – 803. Criterio del Código argentino. – 804. Principio general de fraccionamiento. – 805. Proyección del principio de fraccionamiento. – 806. Aplicaciones del principio de fraccionamiento. – 807. Presupuesto del fraccionamiento. – 808. Proporción del fraccionamiento.– B. *Efectos de la divisibilidad.* – 809. I) Exigibilidad. – 810. II) Pago. – 811. Pago en exceso. Cuándo procede la repetición. – 812. Ausencia de subrogación legal. – 813. III) Insolvencia de algunos de los codeudores. – 814. IV) Prescripción. – 815. V) Cosa juzgada. – 816. VI) Mora. – 817. VII) Culpa. – 818. VIII) Novación. – 819. IX) Remisión. – 820. X) Transacción – 821. Compensación. – C. *Relaciones de coacreedores o de codeudores entre sí.* – 822. Criterio legal de contribución o distribución. – 823. Quid de la distribución entre los acreedores. 306

§ 5. *Obligaciones indivisibles:* 824. Concepto. – 825. Quid de la indivisibilidad intencional o convencional. – 826. La obligación convencionalmente indivisible no se confunde con la obligación solidaria. – A. *Aplicaciones legales del criterio de indivisibilidad.* – 827. Distintos casos. – B. *Efectos de la indivisibilidad.* – 828. I) Exigibilidad. – 829. Indivisibilidad impropia o irregular. – 830. II) Pago. – 831. Pago de obligaciones irregulares. – 832. Elección en el pago. Derecho de prevención. – 833. III) Insolvencia. – 834. IV) Prescripción. – 835. V) Cosa juzgada. – 836. VI) Mora. – 837. VII) Culpa. – 838. Culpa de varios deudores. – 839. Dolo de uno o varios deudores. – 840. Concurrencia de dolo y culpa en el incumplimiento. – 841. VIII) Novación. – 842. IX) Remisión de la deuda. – 843. X) Transacción. – 844. Síntesis final. Criterio de propagación. – *C. Relaciones de coacreedores o de codeudores entre sí* – 845. Criterio legal de distribución o contribución. 313

§ 6. *Obligaciones solidarias:* 846. Concepto. – 847. Antecedentes históricos: teoría de la correalidad. – 848. Quid de la obligación *in solidum.* – 849. Evolución posterior. – 850. Caracteres de las obligaciones solidarias. – 851. Pluralidad de vínculos concentrados o coligados. – 852. Consecuencias de la pluralidad de vínculos. – 853. Fundamento y finalidad. – 854. Fuentes. – 855. Prueba de la solidaridad. – 856. Extinción de la solidaridad. – 857. A) Renuncia absoluta o general. – 858. B) Renuncia relativa o individual. – 859. El reclamo parcial. – 860. Otros modos de renuncia tácita. – 861. Retractación de la renuncia a la solidaridad. – 862. Consecuencias de la renuncia relativa a la solidaridad. – 863. C) Convenio de exclusión de la solidaridad activa. – 864. Efectos de la solidaridad. División. – A. *Solidaridad activa.* – 865. Noción e importancia. – I. *Efectos de la solidaridad entre las partes.* – 866. Clasificación. – 867. A) Efectos necesarios o primordiales. I) Derecho al cobro total. – 868. Limitación a la facultad de cobro: principio de prevención. – 869. II) Extinción de la obligación por pago u otro modo equivalente. – 870. B) Efectos accidentales o secundarios. I) Pérdida inculpable del objeto debido. – 871. II) Interrupción de la prescripción. – 872. III) Demanda de intereses. – 873. IV) Cosa juzgada. – 874. V) Mora del deudor o un acreedor. – 875. VI) Indemnización de daños y perjuicios. – II) *Relaciones internas de los coacreedores entre sí.* – 876. Cuestión de contribución. – 877. Sistema de nuestro Código. – B.- *Solidaridad pasiva.* – 878. Noción e importancia. – I. *Efectos de la solidaridad pa-*

siva entre las partes. – 879. A) Efectos necesarios o primordiales. I) Derecho al cobro total. – 880. II) Extinción de la obligación por pago u otro modo equivalente. – 881. B) Efectos accidentales o secundarios. I) Prescripción. – 882. II) Demanda de intereses. – 883. III) Cosa juzgada: ley 17.711. – 844. IV) Mora. – 885. V) Culpa. – 886. Quid del dolo de uno de los deudores. – 887. VI) Indemnización de daños y perjuicios. – II.- *Relaciones internas de los codeudores entre sí.* – 888. Principio de contribución. – 889. Medida de la contribución. – 890. Acciones recursorias o de regreso. – 891. División de la acción recursoria. – 892. Insolvencia de un codeudor. – 893. Insolvencia y dispensa de la solidaridad. – 894. Quid de la remisión individual de la deuda.– 895. Contribución en caso de pago parcial. – 896. Contribución proveniente de compensación, novación o dación en pago. – 897. Ausencia de la contribución. – 898. Presupuesto de la contribución. C.- *Efectos comunes a la solidaridad activa y pasiva:* 899. A) Defensas comunes y personales. – 900. Principio legal; art. 715. – 901. Defensas comunes. – 902. Defensas comunes y cosa juzgada. – 903. Excepciones personales. – 904. Excepciones personales aprovechables por los demás cointeresados. – 905. B) Limitación de los efectos de la solidaridad activa o pasiva. – 906. Limitación de la solidaridad por fallecimiento de un coacreedor o codeudor. – D.- *Paralelo con las obligaciones indivisibles:* – 907. Independencia. – 908. Analogías. – 909. Diferencias. 321

§ 7. *Obligaciones concurrentes:* 910. Noción. – 911. Diferencias de régimen con las obligaciones solidarias. – 912. Concurrencia parcial. 347

CAPÍTULO VI

TRANSMISION Y RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

I. *Transmisión de la obligación.* 913. Concepto. – 914. Diversas clases. – 915. Principio general de transmisibilidad de la obligación. – 916. Limitaciones al principio general de transmisión. – 917. Transmisión hereditaria. Derecho Romano. Evolución histórica. – 918. Reglas legales. 351

II. *Cesión de créditos:* 919. Antecedentes romanos y extranjeros. – 920. Sistema del Código: crítica. – 921. Concepto. – 922. Caracteres. – 923. Elementos. – 924. Forma de la cesión. – 925. Capacidad. – 926. Objeto: créditos cesibles e incesibles. – 927. Reglas que rigen la transferencia, – 928-935. Entre las partes y con respecto a terceros. – 936. Efectos de la transferencia. – 937-940. A) Efectos con relación al cesionario y al deudor cedido. – 941. B) Efectos con relación al cedente y al deudor cedido. – 942. C) Conflicto entre cesionarios. – 943-944. D) Conflicto entre el cesionario y otros acreedores embargantes del crédito cedido. – 945. Paralelo con la novación subjetiva y la subrogación. – 946. A) Cesión de créditos y novación subjetiva. – 947. B) Cesión de créditos y pago con subrogación. 353

III. *Traspaso de deudas:* 948. Historia y legislación comparada. – 949-950.

Utilidad, justificación y posibilidad dentro del Código. – 951. Requisitos y caracteres. – 952. A) Cesión de deuda propiamente dicha.– 953. B) Asunción privativa de deuda.– 954. C) Asunción acumulativa de deuda o accesión de deuda. – 955. D) Promesa de liberación. – 956. E) Expromisión. – 957. F) Cesión de patrimonios especiales. – 958. Ley 11.867. – 959. Diferencia con la transmisión de deudas. 365

IV. *Reconocimiento de las obligaciones:* 960. Concepto. – 961. Naturaleza jurídica. – 962. Caracteres. – 963-964. Formas y especies. – 965. Requisitos. – 966. Efectos. – 967-968. Diferencias con la promesa abstracta de deuda y otras figuras afines. – 969. Crítica de la metodología del Código. – 970. Legislación comparada. – 971. Proyectos de reformas. 369

CAPÍTULO VII

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES – PAGO

I. *Generalidades:* 972. Noción. – 973-974. Enumeración legal de los modos de extinción. – 975. La nota al art. 724. – 976. Clasificaciones. 375

II. *Pago.* § 1. *Generalidades.* 977.Diferentes acepciones. – 978. Función del pago. – 979. Naturaleza jurídica. – 980. Elementos. – § 2. *Sujetos del pago:* 981. Personas que pueden pagar. – 982. Primera categoría: el deudor. – 983-985. Segunda categoría: los terceros interesados. – 986. Tercera categoría: terceros no interesados. – 987. Efectos que produce el pago efectuado por un tercero. – 988. A) Efectos en las relaciones del tercero con el deudor. – 989. B) Efectos en las relaciones del tercero con el acreedor. – 990. C) Efectos en las relaciones de acreedor y deudor. – 991. Comparación de los terceros interesados y no interesados. – 992. Personas que pueden recibir el pago. – 993. A) Titular del crédito o acreedor. – 994. B) Representantes del acreedor que pueden recibirlo. – 995-1002. C) Tercero habilitado para recibir el pago. – 1003. D) Tercero no autorizado para recibir el pago. – § 3. *Capacidad para recibir o efectuar pagos:* 1004. Capacidad en el pago. – 1005-1006. Capacidad para efectuar pagos. Principio legal. – 1007-1009. Capacidad para recibir pagos. 379

III. *Objeto del pago:* 1010. Qué se debe dar en pago. – 1011. I) Principio de identidad. – 1012. II) Principio de integridad. – 1013-1014. III) Propiedad de la cosa con que se paga. – 1015-1017. IV) Disponibilidad del objeto del pago. – 1018. V) Ausencia de fraude en el pago. 396

IV. *Circunstancias del pago: lugar y tiempo:* 1019. Consideración general. – 1020. Lugar del pago. Regla general: domicilio del deudor. – 1021. Excepciones a la regla general. – 1022. Trascendencia jurídica del lugar de pago. – 1023. Tiempo del pago, necesidad de pagar en tiempo propio. – 1024. A) Obligaciones puras y simples de exigibilidad inmediata. – 1025-1027. B) Obligaciones a plazo. – 1028.

195

Ausencia de repetición del pago anticipado. – 1029. C) Obligaciones carentes de tiempo señalado para el pago. – 1030. D) Obligaciones de pago a mejor fortuna. 401

V. *Gastos del pago:* 1031. Ausencia de norma legal genérica. 409

VI. *Efectos generales del pago:* 1032. Enunciación y clasificación. – 1033. Efectos necesarios del pago. Extinción del crédito y liberación del deudor. – 1034. Efectos accesorios del pago. – 1035. Efectos incidentales del pago. 410

VII. *Pago por consignación:* 1036. Concepto. – 1037-1045. Diversos casos de consignación. – 1046-1051. Requisitos sustanciales de admisibilidad. – 1052. Consecuencias: desde cuándo se producen. – 1053. a) Consignación aceptada por el acreedor. – 1054. b) Consignación rechazada por el acreedor. – 1055. Retiro de la consignación. Embargos. – 1056. a) Consignación aún no aceptada ni declarada válida. – 1057. b) Consignación aceptada o declarada válida. – 1058. Influencia de la consignación sobre otros juicios entre las partes. – 1059. Gastos y costas. – 1060. Modo de realizar la consignación. – 1061. a) Consignación de una suma de dinero. – 1062. b) Consignación de cosas ciertas. – 1063. c) Consignación de cosas inciertas. – 1064. Obligaciones de hacer y no hacer. 412

VIII. *Imputación del pago:* 1065. Concepto. – 1066. Requisitos. – 1067. Casos. – 1068. Imputación por el deudor. – 1069. Imputación por el acreedor. – 1070. Imputación legal. 423

IX. *Prueba del pago:* 1071. Carga de la prueba. – 1072. Medios de prueba. – 1073-1078. Recibo de pago. – 1079. Prueba del pago en las prestaciones periódicas. 426

X. *Pago con subrogación:* 1080. Noción. – 1081. Naturaleza jurídica. – 1082. Distintas especies de subrogación. – 1083-1088. A) Subrogación legal: diversos casos. – 1089. B) Subrogación convencional. – 1090. a) Subrogación por el acreedor. – 1091. b) Subrogación por el deudor. – 1092. Efectos de la subrogación: principio. – 1093. Limitaciones a la transmisión. – 1094. Caso del pago parcial. – 1095. Convenio contrario. – 1096. Conflicto entre varios subrogados. – 1097. Diferencia con la cesión de créditos. 429

XI. *Pago indebido:* 1098. Concepto. – 1099. Diferentes casos. – § 1. *Pago por error.* 1100-1102. Pago por error. Concepto legal. Requisitos. – 1103. Diversas hipótesis de error especial. – 1104. Diversas hipótesis de error no esencial. – 1105. Acción de repetición. – 1106-1108. Efectos de la admisión de la acción de repetición por pago indebido. – 1109-1111. Alcances de la repetición respecto de terceros adquirentes. – 1112. Prescripción de la acción de repetición. – § 2. *Pago sin causa:* 1113-1114. Pago sin causa. Noción. – 1115. Hipótesis legales de pago sin causa. – 1116. Falta de causa. – 1117. Causas inmoral. – 1118. Pago con causa ilícita: cuándo procede la repetición. – 1119. Repetición de impuestos. – 1120. Quid de la protesta en el pago de impuestos. – 1121. Efectos del pago sin causa. – 1122. Prescripción de la acción de repetición. – § 3. *Pago obtenido por medios ilícitos:*

1123. Pago obtenido por medios ilícitos. – 1124. Prescripción de la acción de repetición. – § 4. *Obligaciones y liberaciones putativas:* 1125. Obligaciones putativas. – 1126. Liberación putativa. 435

XII. *Pago por cesión de bienes:* 1127. Noción. – 1128. Ley 19.551. Casos de aplicación. – 1129. Propuesta de acuerdo y cancelación de deudas. – 1130. La rehabilitación del fallido y liberación de los saldos adeudados. Particularidad. – 1131. Derogación del instituto del pago por cesión de bienes en la ley 24.522 de Concursos y Quiebras. – 1132-1133. Nuevo régimen de la ley 24.522. 447

XIII. *Pago con beneficio de competencia:* 1134. Beneficio de competencia. Concepto. – 1135. Fundamento. – 1136. Casos en que funciona el beneficio. – 1137. Efectos del beneficio. 450

CAPÍTULO VIII

CONVENCIONES LIBERATORIAS

I. *Dación en pago:* 1138. Concepto. – 1139. Concepto doctrinario. – 1140. Terminología. – 1141. Diferencia con el pago y la novación. – 1142. Naturaleza. – 1143. Requisitos. – 1144. Carácter real de la dación en pago. – 1145. Prueba. – 1146. Efectos. – 1147. Evicción de lo dado en pago: consecuencias. – 1148. Evicción y garantías originarias. 453

II. *Novación:* 1149. Concepto. – 1150. Evolución histórica y legislación comparada. – 1151. Especies. – 1152. Elementos. – 1153. Capacidad. – 1154. Personería de representantes. – 1155. Prueba. – 1156. Diferencia con el reconocimiento, la confirmación y la renuncia. – 1157. Novación objetiva: concepto. – 1158. Pago con documentos. – 1159. Modificaciones que no causan novación. – 1160. Supuestos controvertidos. – 1161. Casos de novación legal. – 1162. Novación subjetiva por cambio de acreedor o deudor. – 1163. Expromisión novatoria; diferencia con la subrogación. – 1164. Delegación perfecta e imperfecta. – 1165. Quid de la insolvencia del nuevo deudor. – 1166. Efectos de la novación con respecto a la obligación y a los accesorios. – 1167. Fianza. 457

III. *Transacción:* 1168. Concepto vulgar y técnico. – 1169. Metodología y técnica legislativa. – 1170. Requisitos. – 1171. Naturaleza jurídica. – 1172. Caracteres. – 1173. Comparación con otras figuras afines. – 1174. Forma y prueba. – 1175. Capacidad. – 1176. Personería para transigir por otro. – 1177. Objeto: derechos que pueden ser materia de transacción; excepciones. – 1178. Efectos de la transacción; vinculatorio; extintivo; declarativo. – 1179. Quid de la autoridad de cosa juzgada. – 1180. Ejecutoriedad de la transacción. – 1181. Indivisibilidad: consecuencias. – 1182. – Nulidad: en qué casos procede. – 1183. Falta de causa. 466

IV. *Renuncia:* 1184. Noción. – 1185. Naturaleza jurídica. – 1186. Especies. –

1187. Caracteres. – 1188. Capacidad. – 1189. Personería para renunciar por cuenta ajena. – 1190. Forma y prueba. – 1191. Derechos renunciables. – 1192. Interpretación. – 1193. Diferencia con la donación. – 1194. Leyes que rigen la renuncia. – 1195. Retractación. – 1196. Efecto de la renuncia: momento de la extinción de las facultades del acreedor. 477

V. *Remisión de deuda:* 1197. Concepto. Proyección de régimen. – 1198. Naturaleza. – 1099. Distintas especies. – 1200. Formas. – 1021. Entrega del documento representativo del crédito. – 1202. Efectos de la remisión; fianza; obligación de sujeto plural. – 1203. Devolución de la cosa prendada. 483

CAPÍTULO IX

HECHOS EXTINTIVOS

I. *Compensación:* 1204. Concepto. – 1205. Evolución histórica. – 1206. Distintas concepciones teóricas. – 1207. Diversas clases. – 1208. Compensación legal. – 1209. Requisitos de la compensación legal. – 1210. Circunstancias indiferentes. – 1211. Obligaciones no compensables: enunciación. – 1212. Efectos de la compensación: sentido en que se producen de pleno derecho. – 1213. Quién puede alegar la compensación. – 1214. Supuesto de fianza y de obligaciones solidarias. – 1215. Imputación de la compensación. – 1216. Renuncia a la compensación. – 1217. Pago de deuda compensable. – 1218. Compensación judicial: efectos. – 1219. Compensación facultativa: efectos. – 1220. Compensación automática: noción y casos. 489

II. *Confusión:* 1221. Concepto. – 1222. Naturaleza. – 1223. Requisitos. – 1224. Causas determinantes de confusión. – 1225. Especies. – 1226. Derechos pasibles de confusión. – 1227. Efectos. – 1228. Funcionamiento del efecto impeditivo de la confusión. Casos particulares. – 1229. Inoponibilidad de la confusión a los embargantes del crédito. – 1230. Cesación de la confusión. – 1231. Inoponibilidad del cese de la confusión a los terceros. – 1232. Suspensión de la prescripción. 498

III. *Imposibilidad de pago:* 1233. Concepto. – 1234. Método del Código; comparación con el Código francés. – 1235. Requisitos. – 1236. Prueba. – 1237. Comportamiento del principio de imponibilidad en las distintas obligaciones. – 1238. Efecto extintivo peculiar. – 1239. Transformación de la obligación en daños y perjuicios. – 1240. Medida de la responsabilidad. 503

IV. *Prescripción liberatoria:* 1241. Metodología. – 1242. Idea general de la prescripción: su dos clases. – 1243. Concepto y elementos. – 1244. Utilidad y fundamento. – 1245. La prescripción como excepción. – 1246. Caracteres. – 1247. Prohibición de deferir al juramento. – 1248. Derecho transitorio: criterios del Código Civil, y de las leyes 17.940, 17.709 y 20.744. – 1249. Quiénes pueden prescribir y contra quiénes. – 1250. Acción de los acreedores y otros interesados. –

1251. Objeto: derechos y acciones prescriptibles. Principio de prescriptibilidad. – 1252. Excepciones al principio de prescriptibilidad. – 1253. Iniciación del curso de la prescripción. – 1254. Suspensión e interrupción de la prescripción. – 1255. Quiénes pueden invocar y contra quiénes la suspensión e interrupción de la prescripción. – 1256-1259. Causas de suspensión de la prescripción. – 1260. Modificación introducida por la ley 17.711. – 1261. Hechos interruptivos de la prescripción. – 1262. Efectos de la suspensión e interrupción. – 1263. Plazo de la prescripción; variedad de plazos; explicación. – 1264. Término ordinario; eliminación de la distinción entre presentes y ausentes. – 1265. Aplicaciones legales y jurisprudenciales del término ordinario: enunciación. – 1266. Quid de la petición de herencia: acción útil o regular. – 1267. Plazos especiales. – 1268. Prescripción quinquenal. – 1269. Excepciones: deuda única fraccionada; remuneraciones laborales; jubilaciones y pensiones; impuestos. – 1270. Prescripción de 4 años: supuesto legal. – 1271. Prescripción bienal; aplicaciones legales: enunciación. – 1272. Honorarios profesionales por pleito inconcluso. – 1273. Daños y perjuicios emergentes de la responsabilidad extracontractual: quid del desconocimiento del daño. – 1274. Prescripción anual. – 1274 bis. Transporte. – 1275. Prescripción de seis meses. – 1277. Cambio de plazo de ciertas prescripciones breves: discusión y crítica; proyectos de reforma del Código Civil. – 1278. Efectos de la prescripción. – 1279. Oportunidad de la articulación: ley 17.711. – 1280. Quiénes pueden oponer la prescripción. – 1281. Renuncia a la prescripción. – 1282. Cláusulas que amplían o abrevian el plazo. – 1283. Prescripción y caducidad: concepto y diferencias. – 1284. Comparación de la caducidad con la prescripción. – 1285. Principales casos de caducidad. 507

SECCION SEGUNDA

FUENTES EXTRACONTRACTUALES DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO X

VOLUNTAD UNILATERAL

1286. Controversia doctrinaria. – 1287. Teoría positiva. – 1288. Teoría negativa. – 1289. Ofertas contractuales. – 1290. Promesas públicas. – 1291. Promesa de recompensa por restitución de cosa perdida. – 1292. Concursos. – 1293. Títulos al portador. – 1294. Billetes de lotería. – 1295. Testamentos. – 1296. Gestión de negocios. – 1297. Estipulación por tercero. – 1298. Decisiones colegiadas. – 1299. Fundaciones. – 1300. Caución real o juratoria. – 1301. Reconocimiento de deuda. – 1302. Promesa de fianza. – 1303. Negocios claudicantes. – 1304. Observación final. 537

CAPÍTULO XI

HECHOS ILICITOS

I. *Obligaciones derivadas de los hechos ilícitos:* 1305: Hechos ilícitos: noción amplia y restringida. – 1306. Método del Código. – 1307. Examen crítico. – 1308. Importancia práctica de la materia. – 1309. Noción de acto ilícito y caracteres. – 1310. Efectos. – 1311. Clasificación: delitos y cuasidelitos. 1312-1313. Diferencias de régimen en el Código de Vélez y en la ley 17.711. – 1314. Acto ilícito y delito penal. – 1315. Culpa civil y culpa penal. – 1316. Responsabilidad civil: evolución histórica. – 1317. Fundamento de la responsabilidad civil: la culpa. – 1318-1319. El riesgo creado. – 1320. Accidentes industriales y transportes mecánicos. – 1321. Responsabilidad objetiva. – 1322. Tentativa de soluciones intermedias: responsabilidad y reparabilidad. – 1323. Ley 17.711. – 1324. Reparación del daño involuntario. – 1325. Reducción equitativa de la indemnización. – 1326. Responsabilidad contractual y extracontractual: cuestión de la opción y el cúmulo: principio. – 1327. Supuestos excepcionales de opción. – 1328. Deslinde de los ámbitos de responsabilidad. – 1329. a) Transporte oneroso de personas. – 1330. b) Transporte benévolo. – 1331. Accidentes deportivos. – 1332. Responsabilidad del jugador frente a un contendor o competidor. – 1333. Responsabilidad del deportista frente a terceros. – 1334. Responsabilidad del empresario del espectáculo deportivo. – 1335. Responsabilidad de la entidad deportiva con respecto al deportista. – 1336. Responsabilidad precontractual o *in contrahendo*. – 1337. Nulidad de actos jurídicos. – 1338. Inoponibilidad de actos jurídicos. – 1339. Responsabilidad por el ejercicio de las profesiones liberales. – 1340. Complicidad de terceros en la inejecución de los contratos. – 1341. Daños a terceros producidos en el cumplimiento de contratos. 549

II. *Elementos del acto ilícito:* 1342. Enunciación. – 1343. Violación de la ley. – 1344. Transgresión de la moral. – 1345. Responsabilidad por abstención: delitos de omisión; quid de los cuasidelitos por omisión. – 1346. Causas de justificación. – 1347-1348. A) Legítima defensa. – 1349. B) Estado de necesidad. – 1350. Naturaleza jurídica del acto necesario. – 1351. Requisitos del acto necesario. – 1352. Cuestión de la reparación del daño. – 1353. A) Tesis negativa. – 1354. B) Tesis positiva. – 1355. a) Teoría del acto ilícito. – 1356. b) Teoría del enriquecimiento sin causa. – 1357. c) Teoría de la expropiación privada. – 1358. d) Teoría de la exigencia de equidad. – 1359. e) Nuestra posición. – 1360. Régimen aplicable a la reparación del daño necesario. – 1361. Reparación del daño necesario causado para evitar un daño personal. – 1362-1364. Reparación del daño necesario obrado en amparo de un extraño. – 1365. c) Justicia por mano propia o autoayuda. – 1366. D) Obediencia debida. – 1367. Quid de la autorización administrativa. – 1368. Otras posibles causas de justificación. 576

III. *Imputabilidad del acto:* 1369. Noción de imputabilidad. – 1370. Grados de imputabilidad. – § 1. *Imputabilidad de primer grado: voluntariedad:* 1371. Principio de imputación. – 1372. Causas de inimputabilidad. – 1373. I) Fallas de discernimiento. – 1374. a) Menores de escasa edad. – 1375. b) Insanos. – 1376. c) Inconsciencia accidental. – 1377. Sordomudos incapaces. – 1378. II) Fallas concernientes a la intención: error. – 1379. a) Error de derecho. – 1380. b) Excusabilidad del error. – 1381. c) Fallas concernientes a la libertad. – 1382. Fuerza irresistible. – 1383. Intimidación por violencia física o moral. – 1384. Reparación del daño causado sin intención o sin libertad. – § 2. *Imputabilidad de segundo grado: culpabilidad:* 1385. Principio legal. – 1386. Grados de culpabilidad. – 1387. I) Culpabilidad ordinaria: noción de culpa. – 1388. Criterio de apreciación de la culpa. – 1389. Prueba de la culpa. – 1390. Presunciones legales de culpa. – 1391. II) Culpabilidad calificada o agravada: noción de dolo delictual. 591

IV. *Daño resarcible:* 1392. Daño resarcible: noción, especies, requisitos, prueba, valuación. 601

V. *Relación de causalidad:* 1393. Relación de causalidad. Causalidad material y jurídica. – 1394. Distintos tipos de causalidad jurídica en el ámbito de los hechos ilícitos. – 1395. Prueba. – 1396. Ausencia total o parcial de relación de causalidad. – 1397. Culpa de la víctima. – 1398. Hecho de la víctima. – 1399. Culpa concurrente. – 1400. Quid del conflicto de presunciones encontradas. – 1401. Concurrencia de dolo y culpa. – 1402. Dolo recíproco. – 1403. Concurrencia de culpa y riesgo. – 1404. Dolo y riesgo. – 1405. Riesgo recíproco. – 1406. Culpa de un tercero. – 1407. Culpa concurrente del demandado y de un tercero. – 1408. Quid de la concurrencia de la culpa del tercero con el riesgo creado por el demandado. – 1409. Caso fortuito; conjunción con el riesgo o vicio de la cosa. – 1410. Distinción con la imputabilidad del hecho. 602

CAPÍTULO XII

DELITOS

I. *Delitos en general:* 1411: Noción de delito: elementos. – 1412. Dolo delictual. – 1413. Dolo directo y dolo eventual. – 1414. Obligación de indemnizar. – 1415-1419. Modo de satisfacer la indemnización. – 1420. Solidaridad. – 1421. Delitos en particular: crítica a las normas restrictivas. 613

II. *Delitos contra las personas:* 1422. Enunciación. – § 1. *Homicidio:* 1423. Supuestos comprendidos. – 1424. Titular de la indemnización. – 1425. Los textos en juego. – 1426-1428. Nuestra concepción. – 1429. A quiénes beneficia la presunción legal del daño. – 1430. Quid de la vida humana como valor económico. – 1431. Quid del carácter *jure proprio* o *jure hereditatis* de la acción resarcitoria por muerte. – 1432. Daños resarcibles. – 1433. Reparación del agravio moral. – § 2. *Lesiones:* 1434. Noción. – 1435. a) Gastos de curación y convalecencia. – 1436. b) Ganancias dejadas de percibir. – 1437. c) Incapacidad laborativa permanente. – 1438. d) Daño estético. – 1438 bis. e) Daño psíquico o psicológico. – § 3. *Privación de libertad:* 1439. Delito de privación de libertad. – 1440. Daños resarcibles. – § 4. *Otros*

delitos: 1441. Estupro, rapto y otros delitos contra la honestidad. – 1442. Calumnia e injuria. – 1443. Retractación. – 1444. Acusación calumniosa. 618

III. *Delitos contra los bienes:* 1445. Enunciación. – 1446. Delito de hurto. – 1447. Defraudación. – 1448. Delito de daño. – 1449. Disposición común a los delitos contra la propiedad. – 1450. Otros delitos enunciados por el Código Penal. – 1451-1452. Lesión al crédito. – 1453. Terceras Jornadas de Derecho Civil..... 630

CAPÍTULO XIII

CUASIDELITOS

1454. Noción y elementos. – 1455. Diversos casos de cuasidelitos. 635

I. *Responsabilidad por el hecho propio.* 1456. Responsabilidad por el hecho propio. – 1457. Teoría de la culpa cuasidelictual: concepto. – 1458. Unidad y pluralidad. – 1459. Campo de aplicación. – 1460. Reglas aplicables a la culpa cuasidelictual. – 1461. Principio de asimilación. – 1462. Ausencia de solidaridad en el Código de Vélez. – 1463. Evolución; ley 17.711. – 1464. Necesidad de compatibilizar el régimen de solidaridad instituido por la ley 17.711 con el articulado intacto del Código Civil. – 1465. Cláusulas limitativas de responsabilidad. – 1466. Seguro de responsabilidad civil. – 1467. Pluralidad de damnificados..... 636

II. *Responsabilidad por el hecho ajeno:* 1468. Noción. – 1469. Fundamento. – 1470. Evolución histórica. – 1471. Distinción en cuanto a la prueba eximente de responsabilidad. – 1472. Acción contra el autor del daño y contra el civilmente responsable: régimen; recurso. – 1473. Tipos de dependencia. – § 1. *Responsabilidad refleja genérica:* 1474. Responsabilidad por los dependientes. – 1475-1477. Fundamento de esta responsabilidad. – 1478. Quiénes son dependientes. – 1479. Dependencia ocasional. – 1480. Requisitos de la responsabilidad. – 1481-1482. Noción de ejercicio, motivo y ocasión de la función. – 1483. Casuística. – § 2. *Responsabilidad por dependencias calificadas:* 1484. Introducción. – 1485. Fundamento: quiénes responden. – 1486. a) Responsabilidad de los padres: antecedentes históricos. – 1487. Sistema del Código Civil. – 1488. Requisitos de la responsabilidad de los padres: análisis. – 1489. Carácter y alcance de la presunción de culpa de los padres. – 1490. Quid de la acción recursoria. – 1491. Cesación de la responsabilidad paterna. – 1491 bis. Modificaciones introducidas por la ley 23.264 a la responsabilidad de los padres. – 1492. b) Responsabilidad de tutores y curadores. – 1493. c) Responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos. – 1494. d) Guardadores. – 1495. e) Responsabilidad de hoteleros y dueños de establecimientos similares. Crítica metodológica. – 1496. f) Responsabilidad de capitanes de buques patrones de embarcaciones y agentes de transportes terrestres. – 1497. g) Responsabilidad por cosas arrojadas a la vía pública o suspendidas y expuestas a caer en ella. 642

III. *Responsabilidad por los hechos provenientes de las cosas:* 1498. Distinción entre el hecho del hombre y el hecho de la cosa. – 1499. a) Régimen del Código Civil con respecto al dueño, al guardián y al dependiente en razón del daño causado "con" o "por" la cosa. – 1500. Quién es guardián: guarda material y guarda jurídica. – 1501. Requisitos de la guarda. – 1502. Aplicaciones del concepto de guardián. – 1503. Fundamento: discusión. – 1504. Diferenciación entre la responsabilidad del dueño y del guardián. – 1505. Razón de la explicada diferencia de régimen. – 1506. b) Régimen de la ley 17.711: análisis; responsabilidad concurrente del guardián y del dueño; uso de la cosa contra la voluntad del dueño o guardián; distintos supuestos; presunciones. – 1507. Multiplicidad de propietarios o guardianes. – 1508. Distribución de responsabilidad cuando interviene una pluralidad de cosas. – 1509-1510. Crítica del sistema legal. – 1511. c) Daños causados "con" las cosas. Ley 17.711, crítica. – 1512. Qué supuestos abarca: discusión. – 1513. Quién es responsable y cómo se exime. – 1514. d) Daños causados por el vicio o riesgo de la cosa. Ley 17.711; crítica, naturaleza de la responsabilidad; jurisprudencia. – 1514 bis. Daños causados por residuos peligrosos. – 1515. Medidas preventivas; caución *damni infecti* y denuncia del daño temido. – 1516. e) Daños causados por animales. – 1517. Personas pasibles de esta responsabilidad: recurso. – 1518. Naturaleza de esta responsabilidad. – 1519. Hechos originarios de esta responsabilidad. – 1520. Daños causados entre animales. – 1521. Cesación de la responsabilidad. – 1522. Animales abandonados. 663

CAPÍTULO XIV

ACCIONES POR INDEMNIZACION

1523. Legitimación activa: quiénes pueden ejercer la acción por indemnización. – 1524. Transmisión de la acción resarcitoria. – 1525. Personas a quienes se puede demandar la indemnización (legitimación pasiva). – 1526. Extinción de la acción indemnizatoria por renuncia u otras causas. – 1527. Suspensión de la prescripción. – 1528. Apreciación crítica. – 1529. Relaciones entre la acción civil y la acción criminal: principio de independencia. – 1530. Reforma introducida por el Código Penal de 1922. – 1531. Cosa juzgada. – 1532. Influencia de la sentencia criminal sobre la civil y viceversa. – 1533. Jurisprudencia: fallo plenario de la Cámara Civil dictado en el juicio "Amoruso c/Casella". 683

CAPÍTULO XV

RESPONSABILIDADES ESPECIALES

1534. Enunciación. – § 1. *Responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas:* 1535. Distintas posiciones doctrinarias en torno al antiguo art. 43 del Código Civil. – 1536. Evolución de la jurisprudencia de la Corte: el caso "Devoto

197

c/Gobierno Nacional" y fallos posteriores. – 1537. Jurisprudencia de la Cámara Civil: el caso "La Rosario S.A. c/Gobierno Nacional". – 1538. Caso de las sociedades. – 1539. Reforma introducida por la ley 17.711: crítica. – § 2. *Responsabilidad de los funcionarios públicos:* 1540. Principios del Código. – 1541. Responsabilidad de los jueces. – § 3. *Responsabilidades profesionales:* 1542. Principios generales y aplicación: jurisprudencia. – 1543-1545. Abogados: deberes profesionales; naturaleza de la responsabilidad; casos de patrocinio y representación; jurisprudencia. – 1546. Escribanos: deberes notariales; naturaleza de la responsabilidad, discusión y distintos supuestos. – 1547. Responsabilidad médica. – 1548. Naturaleza de esta responsabilidad, – 1549. Contrato médico. – 1550. Deberes a cargo del médico. – 1551. Cirugía estética. – 1552. Trasplantes de órganos y material anatómico: ley 24.193. – 1553. Responsabilidad. – 1554. Otros profesionales del arte de curar. – 1555-1556. Profesionales de la construcción: diversos supuestos: naturaleza de la responsabilidad; deslinde con la responsabilidad del dueño por caída de materiales. Jurisprudencia – § 4. *Responsabilidad por accidentes de trabajo:* 1557. Planteo del asunto. – 1558. Evolución de la responsabilidad patronal. – 1558 bis. Ley 9688 de accidentes de trabajo. Ley 24.028. Ley 24.557. – 1538 ter. Ley 24.557. Seguro obligatorio y autoseguro. – 1559. Responsabilidad especial del empleador. – 1560. Fundamento y naturaleza de la responsabilidad específica. – 1561. Caracteres de la responsabilidad específica del empleador. – 1562. Cesación de la responsabilidad especial. – 1563. Titulares de la indemnización especial. – 1564-1565. Acción de derecho común. – 1566-1567. Naturaleza de la acción de derecho común. – 1568. Acción de derecho común ejercida por terceros. – § 5. *Accidentes de automotores:* 1569. Ausencia de legislación especial. – I) *Daños causados con automóviles.* – 1570. Características del hecho. – 1571. Sujetos responsables. – 1572. Fundamento de esta responsabilidad: presunción de culpa. – 1573. Inversión del cargo de la prueba. – 1574. Requisitos a acreditar por el damnificado. – 1575. Quid de la presunción de responsabilidad cuando intervienen varios automotores. – 1576. A) Daño a tercero. – 1577. B) Daño a implicado en el choque. – 1578-1584. Culpa en la conducción del automotor. – 1585. Culpa de la víctima. – 1586. Culpa concurrente. – 1587. Culpa de un tercero. – 1588. Caso fortuito o fuerza mayor. – II) *Daños causados por vicio del automotor.* – 1589. Remisión. – III) *Daños causados por el riesgo del automotor.* – 1590. Remisión. – 1591. Tendencia jurisprudencial generalizada. – 1592. Cuál es el daño causado por el riesgo del automotor. – 1593. Presunciones de riesgo encontradas – 1594. Quid de la reparación del daño moral. – § 6. *Accidentes ferroviarios:* 1595. Noción. – 1596. A) Daño al pasajero: responsabilidad contractual. – 1597. B) Daño a terceros: responsabilidad extracontractual. – 1598. Pasos a nivel. – § 7. *Accidentes de navegación por agua:* 1599. Noción. – 1600. Régimen legal: remisión. – 1601. A) Daño al pasajero: responsabilidad contractual. – 1602. Daños al equipaje. – 1603. Límite de responsabilidad. – 1604. Transporte benévolo. – 1605. Averías. – 1606. B) Daños a terceros. – § 8. *Accidentes aeronáuticos:* 1607. Noción. – 1608. Régimen legal: remisión. – 1609. A) Daños al pasajero: responsabilidad contractual. – 1610. Fundamento de la responsabilidad contractual. – 1611. Límite de responsabilidad. – 1612. Averías. – 1613. Transporte benévolo. – 1614. Cesación de la responsabilidad del transportador. – 1615. Transporte internacional. – 1616. B) Daños a terceros: responsabilidad extracontractual. – 1617. Fundamento objetivo: riesgo creado. – 1618. Titular de la indemnización. – 1619. Personas responsables. – 1620. Requisitos de la responsabilidad aérea. – 1621. Límite de responsabilidad. – 1622. Responsabilidad ilimitada. – 1623. Causas de exención de responsabilidad. – 1624. Acción de recurso. – 1625. C) Daños producidos por abordajes. – 1626. Daños a aeronaves, personas y bienes embarcados. – 1627. Daños a terceros en la superficie. – § 9. *Daños nucleares:* 1628. Régimen legal: naturaleza y extensión de la responsabilidad: quid del daño genético. – § 10. *Productos elaborados:* 1629. Concepto y naturaleza de la responsabilidad; quiénes responden; jurisprudencia. – 1629 bis. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. – § 11. *Responsabilidad colectiva:* 1630. Concepto; evolución doctrinaria; legislación comparada. – 1631. La cuestión en nuestro derecho. – 1632. Fundamento de la responsabilidad colectiva. – 1633. La responsabilidad es simplemente mancomunada. – § 12. *Responsabilidad por violación a derechos de la personalidad:* 1633 bis. Constitución Nacional. Ley 23.592. – 1633 ter. Violación del derecho de privacidad. 695

CAPÍTULO XVI

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1634. Teoría del enriquecimiento indebido. – 1635. Nociones generales y antecedentes históricos. – 1636. Código Civil argentino: disposiciones que enuncian el principio en casos particulares o hacen aplicación del mismo. – 1637. Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. – 1638. Naturaleza y fundamento de la acción de *in rem verso*; diferentes sistemas. – 1639. Nuestra opinión. – 1640. Requisitos de la acción de *in rem verso*. – 1641. a) Enriquecimiento del demandado: noción. – 1642. b) Empobrecimiento del demandante. – 1643. c) Relación causal entre empobrecimiento y enriquecimiento. – 1644. d) Ausencia de justa causa. – 1645. e) Carencia de otra acción: principio de subsidiariedad. – 1646. Efectos. – 1647. Prescripción. 751

CAPÍTULO XVII

OBLIGACIONES "EX-LEGE"

1648. – Noción. – 1649. Caracteres. – 1650. Técnica legal. – 1651. Diversos casos. – 1652. El abuso de derecho como presupuesto de responsabilidad. – 1653. Ley 17.711. 761

Fecha 11-05-07
Ed. Scotti
Costos $ —

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
y SOCIALES
Registro Bienes del Estado
Inventario 22727

Se terminó de imprimir el 20 de mayo de 2005,
en ARTES GRÁFICAS CANDIL, Estevez 2184
Buenos Aires, República Argentina
Tirada: 2.000 ejemplares

198

Digitalizado