IDEAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD "AQUILIANA" DEL ESTADO (*)

POR LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO

Profesor Titular de Derecho Civil II

El tema precitado es uno de los que más claramente muestran la unidad de los conocimientos jurídicos. Los Derechos Constitucional, Civil y Administrativo, principalmente, se entrelazan para construir la teoría de la responsabilidad "extra-contractual" del Estado, que la doctrina circunscribe habitualmente a la órbita de la responsabilidad "aquiliana", aunque de acuerdo con la terminología empleada, aquélla comprende la responsabilidad que fluye de toda fuente que no sea la estrictamente contractual. Ello empero, a efectos de no innovar sobre el alcance precitado, hemos de circunscribir el análisis a la mencionada responsabilidad "aquiliana".

(*) Conferencia pronunciada en Paraná el 30 de noviembre de 1964. En esa oportunidad dijo al comienzo el autor:

"Sean nuestras primeras palabras para expresar el reconocimiento más íntimo a las autoridades de esta noble institución por habernos ofrecido su tan prestigiosa tribuna y, asimismo, a quien, con palabras dictadas por los imperativos más puros del afecto antes que por la gravitación de un sentido de justicia, se ha referido momentos hace a nuestra persona.

"El 27 de septiembre de 1947 tuvimos oportunidad de disertar en Paraná con motivo de las Jornadas notariales argentinas. Los recuerdos vívidos de entonces, emociones de ayer, acompañan hoy nuevamente mi espíritu al hacer uso de la palabra en esta peraltada capital de Provincia donde las fuerzas históricas dieron un notariado que brilló con figuras de auténtica excepción.

"Una de ellas, de jerarquía notable, es la del Escribano Francisco Martínez, cuya amistad con nuestro señor padre, el Escribano Pedro Luis Boffi, señala una etapa de solidaridad profunda entre los notariados de esta Provincia y la de Buenos Aires y constituye sólida base, a su turno, de una amistad que sentimos en hondura y extensión con el doctor Francisco Martínez Segovia, Profesor universitario y profesional que honra a su provincia y su país con los más exquisitos destellos de su auténtico señorío.

"Los escribanos primeramente citados se encuentran en el Congreso Notarial de 1917, altísimo exponente de gentilhombría y fecundidad científica cuya divulga-

Es fácil colegir que los presupuestos del tema son de por sí capítulos profundo y, a la vez, dotados de grande extensión. El fenómeno de la *responsabilidad* en cualquiera de sus análisis es incompatible con la extensión de este estudio. Es por ello que se ha de partir necesariamente de mucros conceptos sin desarrollo previo —pero que hemos analizado muchas veces— para centrar nuestro estudio en el tema a que antes hicimos referencia. Asimismo, hemos de circunscribir las citas a las que sean indispensables para llevar más claridad a la exposición.

ción no llegó al grado que, en rigor, merecía tanto por la calidad indiscutida de sus debates y soluciones cuanto por la singular circunstancia de ser el primer Gran Congreso de la Notaría Nacional.

"En él dijo el doctor Estanislao S. Zeballos, al inaugurarse su trayectoria el 8 de julio de 1917, que era la primera ocasión en que todos los Escribanos argentinos se encontraban constituidos en Asamblea.

"Ese histórico Congreso echó las bases que permitieron la grandeza ulterior; habiendo votado la necesidad de crear una Confederación Notarial Argentina, propuesto reformas al Código Civil y al Procesal, pronunciado por la nacionalización del título de Escribano, plan de estudios notariales, ingreso de Escribanos a la Facultad de Derecho, Cátedra Notarial, ley orgánica del notariado, inhibiciones, protestos, situación de adscriptos en la provisión de vacantes, enseñanza del Derecho en los colegios, ley del Registro de la Propiedad y otras materias.

"Es lógico, entonces, que sintamos también con nosotros a los viejos señores del notariado en esta culta festividad fraterna ofrecida por la tradicional cortesía entrerriana."

"Es muy grato desatar el espíritu y permitir que vuele por lugares de cultura como los que ofrece esta Provincia. No en vano concretó sus anhelos pedagógicos el grande don Justo José de Urquiza mediante obras que, juntamente con otras muy altas, han conferido a su figura patricia relieve de auténtica proyección nacional. Lo recordamos hace muy poco tiempo, en presencia de descendientes del grande argentino.

"Es que Entre Ríos tiene fama bien ganada de provincia culta. No son dichas estas palabras con sabor de hueca cortesía. Son expresiones acuñadas en las profundidades más íntimas de la convincción.

"Os hemos ofrecido un conjunto de inquietudes dirigidas, todas, al fortalecimiento de la fe en el Derecho. Son las inquietudes de un amigo vuestro, que comparte responsabilidades de gobierno en la primera magistratura judicial del país, y vive intensamente la lucha por esa fe, dentro y fuera de la Corte Suprema de Justicia, con la convicción de que las dificultades deben ser siempre estímulos para la obra fecunda de la creación cultural...

"Es mi deseo que, bajo la inspiración de Dios, los argentinos sin distinción realicemos la paz por el Derecho, mediante un estado respetuoso de todos sus integrantes, como lo han querido las normas más que centenarias de la Constitución Nacional.

Las concepciones sobre el Estado, sabido es, son numerosas. Nos bastaría recordar algunas para que su número pueda ser apreciado en su debida dimensión. No en vano se ha escrito tanto sobre un instrumento que, jurídicamente creado por el ser humano, parece volverse muchas veces en contra de los legítimos derechos de quien le confirió vida normativa.

Comencemos así, puntualizando algunas acepciones, que transitan desde el concepto de la *pólis* griega o la *civitas* romana —sinónimos de ciudad— o doctrinas más modernas, pasando por la *res publica, imperium, gens populus, land; terrae, burg, estatuto jurídico*, etc. Sigamos enseguida con las teorías sobre la naturaleza del Estado y veamos la de la creación artificial de Protágoras, la idealista de Platón, la del organismo finalista de Aristóteles, la tan aristotélica de Cicerón, las concepciones del Estado inspiradas en Cristo —la Patrística con San Agustín, la Escolástica con Santo Tomás, el pensamiento de Francisco de Suárez, etc.—, la tan discutida de Maquiavelo, la del poder absoluto del monarca de Bodin, la también absolutista de Hobbes, la tan conocida de Montesquieu, la del contrato social de Rousseau, la de la unificación del poder de Spinoza, la del Estado como estructura cerrada de Fichte, las idealistas objetivas de Schelling y de Hegel, la materialista de Marx, la realista de Max Seydel, la individualista de van Krieken, la jurídica de von Gerber, la del Estado como órgano más importante en la creación del Derecho de Gierke, la de creación social y jurídica de Jellinek, la realista de Duguit, la del sistema de órganos de Carré de Malberg, la pura de Kelsen, la de la realidad espiritual de los hombres de Smend, la realista de la unidad de acción de Heller, la del organicismo contractual de Fouillée, y tantas otras. Vayamos finalmente a las formas de gobierno: la Monarquía, ya autocrática, absolutismo, ya democrática; la República ora aristocrática, ora democrática, etc. etc.

Pero ese Estado, descripto por tantas concepciones distintas, llamado en tan diversas formas y adoptando sistemas de gobierno tan diferentes, se encuentra hoy ante necesidades más complejas y presiones vigorosas de colectividades que pugnan incoercible mente por mejorar los niveles de vida moral y económica. Y es por ello que una de las conquistas fundamentales de Repúblicas como la Argentina y de otros regímenes político-jurídicos afines es la limitación del Estado en beneficio de los derechos fundamentales del ser humano como una de las bases indiscutidas de esa referida elevación en el nivel de vida.

Dentro de la lucha secular entre las concepciones del estado-medio y del estado-fin, la idea de justicia, también secular, se inclina por una estructura jurídica cuyas realizaciones se dirijan a satisfacer con una mayor "plenitud" las necesidades del ser humano, urgido por fines trascendentes e inmediatos. Pero esos imperativos se han obtenido mediante los conductos más variados. La historia nos lo muestra a través de numerosos ejemplos elocuentes que no se necesita traer a colación. Mucho tiempo costó a la humanidad, sabido es, sustituir la justicia por mano propia mediante la justicia estadual; y mucho también demandó ubicar al Estado como parte en un conflicto jurisdiccional viviendo una posición de esencial igualdad con los particulares.

Una de las maneras más concretas de instituir la limitación funcional del Estado a que aludimos hace unos instantes consiste precisamente en establecer su responsabilidad por la comisión de delitos y "cuasidelitos".

Extensa ha sido —y ofrece aún dificultades su concreción— la lucha por establecer esa responsabilidad. Concepciones arcaicas y doctrinas no siempre ajustadas al objeto mismo de la ciencia jurídica impedían de consuno que pudiesen percibirse las bases de la responsabilidad estadual. La idea de un Estado intangible, por un lado, y la imposibilidad de concebir a ese mismo Estado delinquiendo o "cuasi-delinquiendo", por el otro, detenían el avance de los conceptos. El Estado está por cima de los ciudadanos, se decía. El Estado no tiene voluntad para delinquir o "cuasidelinquir", se exclamaba. La idea era vinculada poderosamente, así, con la del origen "divino" de los Reyes, tan distinta de la concepción Cristiana del Estado que hoy predomina con la secuente exaltación de la dignidad del ser humano. Pero nada debe extrañarnos esa irresponsabilidad estadual si apreciamos lo mucho que ha costado llegar a la admisión de la responsabilidad de las personas privadas que el Código llama de "existencia ideal" y que la doctrina denomina "ficticias", "jurídicas", "místicas" o "colectivas", donde no estaban en juego la soberanía u otros conceptos semejantes que en cambio gravitan cuando la persona jurídica es nada menos que el propio Estado.

Nuestra Constitución Nacional se caracteriza, como se sabe, por una fuerte protección de los derechos individuales y, al mismo tiempo, por la manera categórica como limita la órbita de los tres órganos de Gobierno: el Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo.

Sus normas fundamentales han sido desenvueltas por diversos códigos, así como por numerosas otras leyes y decretos, habiéndolas vivido las sentencias judiciales más diversas, sea declarando inconstitucionales algunas de estas últimas normas o fuese fijando su sentido para que ellas rigiesen el diferendo, el pleito, el litigio o la contienda.

El más extendido desarrollo de la Constitución es el Código Civil y constituye en nuestra materia la base interpretativa. Cuando ese Código no rige exclusivamente la cuestión es porque media una ley especial. Pero aun en este último caso actúa de común denominador normativo en la medida que esa ley especial se remita claramente a él o bien no contenga una solución particular. Integra, de esa suerte, soluciones de otras ramas del Derecho Privado y, aún, del Derecho Público.

La responsabilidad —como tema específico— es uno de los tópicos donde las construcciones extraordinarias del Derecho Romano han experimentado mayor transformación. Desde fines del siglo pasado se han producido movimientos doctrinarios dirigidos a solucionar con acentos de justicia situaciones que escapaban al espeso tejido de normas que nos ligaran con el derecho clásico en la materia. Así aconteció con la teoría llamada "objetiva" o de la "responsabilidad sin culpa", cuyos fundamentos han sido expuestos con calor y atacados con vehemencia al punto de que, mientras unos la consideran

como la más evolucionada expresión de la ciencia jurídica, otros se preguntan si ella no nos llevaría de regreso a épocas bárbaras que se consideraban superadas con el progreso de los ordenamientos de derecho.

En nuestra materia se ve, por cuanto llevamos dicho, que dos temas se dan la mano en intimidad: el de la llamada "naturaleza jurídica" de las "personas de existencia ideal" y el de la responsabilidad civil. Ambos son previos a la dilucidación del de la responsabilidad del Estado, que constituye desenvolvimiento, a veces muy sutil, de los temas anteriores.

No es el caso de pasar revista a los muchos fundamentos de las teorías sobre la "naturaleza jurídica" de ese tipo de persona: la ficción legal —de Savigny—; la ficción doctrinal —de de Vareilles Sommiéres—; la de equiparación —de Randa—; la de patrimonios de afectación —de Brinz, Beker—; la de la función social —de Duguit—; la de la asociación —de Van den Heuvel—; la de la propiedad colectiva —de Planiol—; la del sujeto físico como beneficiario —de Ihering—; la de la realidad —de Michoud, Salcillse, Ferrara, que después cambió doctrina—; la de la institución —Hauriou, Renard—; la de conceptos más puramente normativos —últimamente el aludido Ferrara, Kelsen, León, Orgaz— y otras que constituyen esfuerzos doctrinarios muy importantes para aclarar qué es la "persona de existencia ideal".

Apenas corresponde precisar que ella constituye una creación jurídica compleja donde se observan un *sustrato* —conjunto de personas de existencia visible—, un *patrimonio* y *fines* admitidos por el Estado que incorpora a ese conjunto la *investidura* de la personería jurídica. No se trata de una ficción ni de una realidad biológica, ni es exacto que sea necesario aceptar, como se ha sostenido con harta frecuencia, las teorías naturalistas de la realidad para que se admita la responsabilidad aquiliana de ese tipo de personas.

Con referencia al otro tema, o sea el de la responsabilidad civil, conviene recordar que un examen atento de nuestro código revela la existencia mínima de cuatro sistemas y no solamente de los dos que describe habitualmente la doctrina: el "contractual" y el "extra-contractual".

El primero de los sistemas es el que gira en torno del incumplimiento de lo decidido por acto voluntario lícito si la prestación no consistió en sumas de dinero. El segundo es el mismo caso pero con la variante de que la prestación tiene precisamente por objeto dar esas sumas. El tercero es el que regula las consecuencias del delito. El cuarto, por fin, es el que ordena las consecuencias de un "cuasi-delito".

Las diferencias entre esos cuatro sistemas —por otra parte conectados en el artículo 1107 del Código Civil—, que hemos tenido oportunidad de explicar en diversas publicaciones, necesitan una puntualización que omitimos en obsequio de la brevedad, no sin antes recordar que esas diferencias se aplican a la responsabilidad del Estado en la medida que no hubiese ley especial en contrario o que esa ley no entrañase o expresase una remisión a los principios del derecho común.

Cabe aclarar en esta materia que interesa predominantemente la responsabilidad del Poder Ejecutivo, porque de los tres poderes de gobierno es el que exhibe una tendencia histórica más clara hacia el desborde institucional.

Se tiende a decir cada vez con más firmeza al respecto que hay responsabilidad de las "personas de existencia ideal". Numerosas opiniones conceptúan que ya en Roma se le admitía en alguna medida, recordando los principios de la *actio institoria, actio exercitoria* y *actio noxadis*. También lo hacían, aunque sin clara coherencia, los glosadores como Bassianus. En cuanto a los *Canonistas* —Inocencio IV, Sinibaldo Dei Fieschi, Juan el Teutónico, Damasus, el Archidiácono Guido de Baysio, Petruccius, Senencis, Schiappoli, Fellinus, Calderini, Hinschius, Juan de Bonomia, Juan Aidrea, Sinibaldo, etc.— la admiten con variantes.

Los *postglosadores* —Bartolo, su jefe, Baldo, Jacobo, Odofredus, Aldradus, Mynsiger, Ludovicus, Alberico de Rosciato, Bartolomé de Saliceto, etc.— reconocen también la responsabilidad a las personas jurídicas. Y juristas posteriores aceptan las ideas de responsabilidad —entre otros, Prenninger, Goedo, Zasius, Schuff en Alemania; Juan Volt, Hugo van Groot o Grocio, en Holanda; De Luca, Ciriaco, Losaens, en Italia; Julius Clarus, Charondas, Bodin, Domat, Jousse, Muyart de Vouglans en Francia—, estando los contemporáneos muy divididos en virtud que parten de presupuestos diferentes según puede advertirse con la sola mención que hemos hecho sobre la naturaleza jurídica de esas personas.

El Código Civil contiene en la materia un artículo cuya redacción ha dado origen a controversias que aun ocupan sitio prominente. Es por ello que conviene dibujar las líneas de la evolución en la órbita jurisprudencial y en el campo de la doctrina. Al señalar la primera hemos de hacerlo con la correspondiente a la Corte Suprema desde que se trata de la voz que, en última instancia, señala los rumbos jurídicos al país; al hacerlo con la segunda, destacaremos algunos de los juristas que participan de opiniones concretas sobre la materia.

Pero conviene, antes de penetrar el tema central, que nos ocupemos brevemente de la responsabilidad penal de las personas que estamos analizando porque la tesis favorable a esa responsabilidad coadyuva en la aceptación de la mayor responsabilidad aquiliana del Estado.

Es muy común afirmar que las personas jurídicas no pueden ser delincuentes desde el punto de vista penal. ¿Se imagina alguien a una persona jurídica cometiendo homicidio? Es como imaginarla, en orden a los actos jurídicos, contrayendo matrimonio o reconociendo hijos extra-matrimoniales. Estas preguntas y aseveraciones rotundas —a que hicimos oportuna referencia— tienen evidente sonoridad conceptual pero no traducen mucha hondura, lo que se aprecia a poco de observar detenidamente las bases fundamentales de la idea. Ella suscitó polémicas en nuestro país y en el extranjero. En épocas superadas se admitía como sujetos activos del delito y, por ello mismo,

susceptibles de proceso y de castigo, a los animales, sea para reconocerles una adecuada protección o bien fuere para prevenir a los hombres o a otros animales distintos del castigado. Había casos análogos, pero en todas estas hipótesis cabe precisar que muchas veces la destrucción del animal u otra cosa obedecía exclusivamente a la eliminación del instrumento o cuerpo del delito.

Se admitía también en los primeros tiempos la sanción generalizada al grupo de familia o a la tribu del delincuente y la ciencia del Derecho Penal muestra entre sus máximas conquistas en materia de autoría la de indentificar al autor del delito con la persona sancionada.

La corriente adversa a la posibilidad de que la "persona de existencia ideal" puede ser delincuente se funda esencialmente en las siguientes ideas: a) esa persona no tiene voluntad propia y, por ende, carece de culpabilidad; b) ha sido instituída para actuar dentro de la licitud, de modo que no se concibe actuando fuera de esa órbita; c) la responsabilidad conduciría al desconocimiento del principio de la personalidad del delincuente y al castigo de terceros desprovistos de culpabilidad, como serían quienes, integrando el ente colectivo, no han participado en los delitos realizados por sus órganos representativos; d) algunas sanciones penales impuestas a este tipo de personas son más bien accesorias del castigo, del mismo modo como lo sería la destrucción de un explosivo después de haberse detenido al delincuente; e) siendo la finalidad de la sanción penal también ejemplarizadora, solamente concibe como destinatario a los seres individuales dotados de la comprensión que los cohiba o los corrija.

La corriente opuesta ha contestado estos argumentos, aduciendo: a) la persona de existencia ideal tiene voluntad propia desde el punto de vista psicológico —esto sostiene la tesis de la realidad de esas personas— o desde el punto de vista jurídico —ello afirman las tendencias más modernas— al punto de reconocérsele capacidad para contratar y posibilidad de incumplir las obligaciones fluyentes de esa contratación; b') en cuanto a la limitación de los fines, cabe recordar que el propósito es impedir que abandone la licitud pero de ninguna manera que se libere de responsabilidad por haberla abandonado; c') en lo referente al tercer argumento, se está ante una consecuencia de hecho —y no jurídica— semejante a la que acontece en orden al castigo del padre y el sufrimiento de seres que, como los hijos, son inocentes para la ley; d') las multas o la suspensión de tipo penal impuestas a las personas jurídicas y el decreto de disolución de ellas —para algunos juristas comparable a la pena de muerte impuesta a las "personas de existencia visible"— son verdaderas sanciones penales y no accesorios; e') el último argumento es de tipo psicologista y no puede cambiar la realidad de las sanciones penales aplicadas a las personas de "existencia ideal".

Los autores se dividen. También las leyes. No es el momento de mencionar unos y otras. Pero el problema de la responsabilidad penal que estamos analizando requiere algunas precisiones previas a su mejor comprensión. Aunque en principio escapa a la órbita del Derecho Civil, el problema no sólo tiene la vinculación que surge de la unidad del ordenamiento jurídico sino

que reconoce un nexo más íntimo a través del artículo 1107 del Código Civil, norma que después se ha de mencionar.

Hace ya mucho tiempo se ha decantado con claridad satisfactoria lo que es la *voluntad* en el sentido *natural* —que estudia la *psicología*— y cuando estamos ante la voluntad en un sentido *cultural*, que es la que estudia el *derecho*.

Aun siendo exacto que éste se propone coincidir esencialmente y en la medida posible con el otro miraje, sus necesidades normativas le llevan muchas veces a un disentimiento. El jurista toma los elementos naturales en la proporción que interesa a sus fines y los adapta a ellos. A veces, aún, toma como legal la definición de la ciencia; ésta luego la modifica, mas para el Derecho sigue siendo real la primera porque se encuentra con la ley no modificada. Es lo que acontece con los intervalos lúcidos. Para muchos psiquiatras modernos no hay intervalos lúcidos; para los juristas, sí, porque el Código Civil los instituye y mantiene.

Decía Bishop, con sentido análogo (New Criminal Law), "si... ese ente invisible (persona jurídica), de esencia intangible que denominamos corporación, puede arrasar montañas, nivelar valles, construir caminos de hierro y correr coches sobre ellos, puede hacerlo así y obrar en consecuencia de eso virtuosamente como viciosamente".

Claro que se cuenta con la norma del artículo 43 del Código Civil y, sobre todo, su nota, donde el codificador dice con énfasis: "La cuestión de si las personas jurídicas pueden o no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia a Savigny, tomo II, desde la pág. 310. Para nosotros, el artículo del proyecto tiene fundamentos incontestables".

"El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre o inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal".

"La capacidad de las personas jurídicas de poder ser demandadas, no implica una contradicción, aunque toda acción supone la violación de un derecho. Esta especie de violación del derecho tiene una naturaleza puramente material: ella no interesa la conciencia en el mayor número de casos. Las acciones del derecho civil son destinadas a conservar o a restablecer los verdaderos límites de las relaciones individuales de derecho. Teniendo, pues, las personas jurídicas la capacidad de la propiedad, esta necesidad, la de las acciones civiles, existe respecto de ellas como respecto de las personas natu-

rales. No hay, por lo tanto, inconsecuencia en decir que la persona jurídica puede sufrir un delito, y que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada cualquier que sea el propietario, un ser de una existencia ideal o un ser inteligente y libre".

"Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito. Si, pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado".

"Los que creen que los delitos pueden ser imputables a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho a los bienes. Para esto, la capacidad de los contratos es indispensable. Si las personas jurídicas tuvieran la capacidad absoluta de derecho y la de voluntad, serían igualmente capaces de relaciones de familia. Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y para los otros, hay los motivos de dar a esta voluntad ficticia una extensión ilimitada, y desde entonces se podría castigar en la persona del pupilo, el delito del tutor, si él comete como tutor un robo o un fraude en el interés de su pupilo. Los casos que se citan de justos castigos a ciudades, municipalidades, etc., han sido o actos del derecho de la guerra, o medidas políticas, que nunca se hubieran sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes. El error del argumento nace de que regularmente los actos del mayor número de los ciudadanos de una ciudad, o de los miembros de una corporación, pasan por ser actos de la ciudad o de la corporación, confundiendo así la corporación con sus miembros. Por otra parte, todo delito implica dolo o culpa, y por lo tanto, la voluntad de cometerlo y la responsabilidad consiguiente. Desde entonces el dolo podría imputarse tanto a las personas jurídicas, como a los impúberes o dementes".

"Al lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente, *obligatio ex re ex eo quod aliquem perveait,* que se aplica a las personas jurídicas, como a los dementes o a los impúberes. Si, pues, el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él solo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas, sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse a esas multas, si quieren participar de los beneficios de un proceso".

"Pasando a las disposiciones del derecho sobre la materia, podemos decir que muchas leyes de los Códigos Romanos confirman plenamente la doctrina

que hemos expuesto. Un texto dice expresamente, que la acción de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero que sí se ha enriquecido por el fraude de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado (L. 15, § 1, Dig. *De dolo*).

"El poseedor de un inmueble, desposeído violentamente a nombre de una municipalidad, obtiene contra ella el interdicto de *vi* si ella detiene todo o parte del inmueble. *Si vi me deiecerit quis nomine municipium, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius ait, si quid ad eos pervenit* (L. 4, Dig. *De vi*). La expresión municipes designa siempre la corporación misma. Muchas otras leyes pudiéramos citar que disponen lo mismo".

El artículo 43 del Código Civil, como se recuerda, dispone: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

No obstante la fuerza de la nota transcripta y de la letra del tan conocido artículo 43 del Código Civil, sus influencias en el orden penal no son decisivas para las leyes que establecen categóricamente la responsabilidad penal de las "personas de existencia ideal", las que, entonces, no pueden desentenderse del artículo 18 de la Constitución Nacional que consagra el principio *"nullum crimen, nulla poena sine lege"* y han de aplicarse las sanciones sin efecto retroactivo. De ahí que la doctrina se haya preocupado con razón en separar las multas en *administrativas y penales.*

Todos estos razonamientos —cualquiera fuese la posición en doctrina pura— se unen a otros para facilitar la cada vez más firme responsabilidad aquiliana del Estado. Por ese solo hecho hemos traído a colación un tema que, en sí mismo, escapaba al objeto central del nuestro. A este respecto cabe acotar que, sea o no exacta la división bipartita o tripartita de los actos del Estado —si hay actos de imperio, de gestión, mixtos, etc.—, lo cierto es que se ve la diferencia entre la posición del Estado cuando actúa en ejercicio de sus poderes públicos y cuando ejerce actividades en un pie de igualdad con las personas de existencia visible en el orden privado. Solamente resta saber si hay diferencias en materia de responsabilidad.

Veamos algunos de los fallos salientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En una primera época ella mantenía fundamentalmente la tesis de la irresponsabilidad aquiliana de las personas "de existencia ideal", doctrina emanada principalmente de una concepción clásica —Casarino, González del Solar, etc.—, pero compartida por juristas modernos —Lafaille en Derecho Civil, Bielsa en Derecho Administrativo, etc.—, todos ellos viendo una valla insalvable en el artículo 43 del Código Civil.

Es la posición que la Corte Suprema, habiéndola sostenido antes de la vigencia del Código —Fallos: 1:317—, acogió hasta 1921 —Fallos:

3:325; 27:208; con algunas vacilaciones que no entrañan cambio de doctrina, a veces apelando a sucedáneos para no variar su posición en la materia.

Así, en 1876 había entablado don Darío David, extranjero, demanda contra la Provincia de San Luis por pago de m$n 24.548 en virtud de habérsele expropiado cabezas de ganado por autoridades de esa Provincia, después declaradas en rebelión. El Procurador de la Corte pide el rechazo de la demanda y, en la parte que más interesa, dice que, si se hubiese tratado de expropiaciones realizadas por rebeldes, ello entraría en la categoría de perjuicios causados por la guerra civil a que están sujetos por igual nativos y extranjeros, y de que ninguna autoridad, nacional ni provincial, es responsable por ley expresa y jurisprudencia consentida universalmente. Con fecha 15 de febrero de 1876 la Corte hizo suya esa doctrina.

En 1894 se da una causa que Machado cita como reveladora de un cambio de jurisprudencia. Pedro Antonini y Trussi demanda al Presidente de la Municipalidad de esta ciudad, don Enrique Berduc, por despojo e indemnización. El Juez Federal doctor Manuel de Tezanos Pinto, consideró que se había acreditado el despojo al actor por apertura de las calles Rosario, La Paz y Colón y, según lo prescripto por los artículos 2498, 2190 y 2494 del Código Civil, correspondía devolverle la posesión o indemnizarle. La Corte, por esos fundamentos y otros, confirma la sentencia. ¡No se da aquí, como puede verse, un proceso contra el Estado sino personal contra el señor Berduc!

En 1916 —Fallos: 124:22— La Corte dijo sustacialmente, como surge del sumario que se transcribe: "Afirmándose por parte de la Nación que al proceder al secuestro y depósito de los bienes del actor lo hizo en cumplimiento de los artículos 11 y 19 de las leyes números 3761 y 3764, respectivamente, por lo cual no es responsable de los daños y perjuicios, con arreglo al artículo 1071 del Código Civil, la excepción de prescripción opuesta conforme al artículo 4037 de dicho código, no es procedente en el caso".

"No habiéndose declarado a cargo de la Nación en la sentencia absolutoria pronunciada en el juicio criminal por defraudación a la renta de alcoholes, los daños y perjuicios que el actor hace derivar del secuestro y depósito de su destilería reealizados en cumplimiento de los artículos 11 y 19 de las leyes 3761 y 3764, respectivamente, y que reclama fundado en el artículo 1109 del Código Civil, no es procedente su apreciación y pago al demandante". (Causa: "Luis Sáenz Peña, contra el Gobierno Nacional, sobre daños y perjuicios").

En 1918 —Fallos: 129:5— la Corte sentó la siguiente doctrina que figura en el sumario: "Comprobada la enajenación de bienes de terceros, surge la responsabilidad del enajenante, con arreglo, ya a lo dispuesto por el artículo 2779 del Código Civil, ya a mérito del principio consagrado, de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro o lesiones sin reparación el derecho ajeno. (El tribunal en razón de no existir en autos elementos

de juicio para fijar con precisión el monto de la responsabilidad del demandado y que el actor limitaba a la devolución del valor de la cosa(en el caso, maderas) enajenada, indebidamente percibida por aquél, y sus intereses, porque la prueba documental, la pericial y la testimonial, traídas al efecto, eran insuficientes para acreditar que a la fecha del remate existía toda la madera que el actor sostenía que tenía depositada. llegó a la conclusión, a mérito del conjunto de antecedentes que al respecto arrojaba la prueba, de que si bien no existía toda la madera que motiva la demanda, por lo menos gran parte de ella se encontraba depositada y vendida)".

Pero el día 7 de diciembre de 1921, la Corte confirma una sentencia de la Cámara Federal, confirmatoria, a su turno, de la del Juez Federal doctor Saúl M. Escobar. Se trataba de desperfectos causados por el vapor "Berna" en el muelle fiscal del puerto de Corrientes. La Corte, con el voto de los doctores Bermejo, del Solar, Palacio y Méndez, declaró que, aun cuando hubiere estado descompuesto el telégrafo para transmitir órdenes a los encargados de las máquinas, la Compañía sería responsable porque debió tener en buen estado este aparato tan esencial para el éxito de las maniobras y para la seguridad del vapor. Se remitió a las consideraciones concordantes del fallo de segunda instancia, el cual, a su vez, lo había hecho con los fundamentos de la sentencia de primera, dictada, como vimos, por el Juez doctor Saúl M. Escobar, quien la funda sustancialmente en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Aunque Barcia López dice que este fallo no significa una rectificación categórica por cuanto la parte interesada no hizo valer la jurisprudencia clásica, entendemos que se trata de un claro cambio de doctrina: la Corte Suprema reconocía la responsabilidad "cuasi-delictual" de "personas jurídicas" del Derecho Privado por imperio de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Faltaba aún, eso sí, la responsabilidad del Estado.

Años más tarde se da un paso decisivo cuando, en 22 de setiembre de 1933, la Corte falla la célebre causa Tomás Devoto y Cía. contra el Gobierno Nacional, declarando que esa responsabilidad alcanzaba al Estado como persona jurídica ubicada en la órbita de las relaciones de Derecho Privado —Fallos: 169: 111), Tomás Devoto y Cía. Ltda. S. A. demanda por daños y perjuicios a la Nación en virtud de que, por chispas desprendidas de un brasero deficiente, que usaban, sobre pasto seco y sin precauciones bastantes, ciertos empleados de la demandada, se incendiaron en parte campos de la Sociedad actora. La Corte hizo lugar a la demanda por los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. No se hizo mención, pues, del artículo 43. El Estado es responsable, pero como persona de derecho privado.

Y este proceso alcanza evidente culminación cuando, con fecha 3 de octubre de 1938, al fallar la causa "F. C. Oeste c/Provincia de Buenos Aires" —de competencia jurisdiccional originaria—, la Corte decide responsabilizar al Estado como Poder Público en cuanto presta un servicio público (Fallos: 182:5).

El caso es muy interesante. En 1914 la Empresa F. C. O. compró a José Gómez Pardal un lote de terreno sito en Haedo; el Escribano Isla solicitó la certificación correspondiente del Registro de la Propiedad de La Plata, la que fue expedida con la manifestación que el inmueble estaba comprendido en una fracción mayor del vendedor y que no había impedimento para la operación. Extendida la escritura e inscripto el título en el Registro citado, la empresa tomó posesión del inmueble e hizo edificar una pequeña casa para empleados.

Pasaron unos años y en 1928 se presentó Inés Vioni de Parmigiani alegando propiedad sobre el terreno y obteniendo, por revocatoria de la sentencia de primera instancia, una decisión de la Cámara Civil y Comercial de La Plata a favor de sus pretensiones. Para evitarse perjuicios mayores la Empresa compra otra vez el terreno y demanda a la Provincia de Buenos Aires por vía originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que hace lugar a la demanda.

La Corte dice entre muchas otras razones: a) que el Estado provincial impone la obligación de munirse del "certificado" de registro para escrituras de transmisión de inmuebles, cobrando inclusive un derecho especial sobre ello, lo que supone la prestación de un servicio regular, no como persona de derecho privado, sino como entidad de derecho público, que monopoliza la función aludida; b) por tanto, no es pertinente invocar el artículo 43 del Código Civil; c) quien contrae una obligación de hacer consistente en prestación de servicio, debe realizarlo adecuadamente bajo responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento irregular (arts. 625 y 630 del Código citado); d) rigen, pues, los artículos 1112 y 1113 del Código Civil.

Para algunos autores, como Bullrich verbigracia, el Estado había ejercido funciones de gestión en la prestación de servicios públicos, actos que para Barthélemy son de gestión y para Roger son de autoridad. Se afianza la evolución jurisprudencial y la corriente de doctrina que señala la responsabilidad "aquiliana" del Estado se acentúa notoriamente en un conjunto de numerosos fallos.

De entre ellos es interesante recordar —porque los textos no han tenido oportunidad de realizar su cita y porque en él, sí, se admite la *responsabilidad del Estado* como poder público soberano, la causa de la Escuela Germana contra la Nación Argentina. Los tres jueces que tuvimos la honra de integrar la mayoría coincidimos en que ni aún los Poderes de Guerra se hallaban al margen de las limitaciones que la Constitución Nacional establece para resguardar los derechos fundamentales, en el caso el de propiedad.

Se trataba, pues, de juzgar y decidir sobre el alcance de esos poderes dentro de la Constitución, sobre todo frente a los derechos individuales.

La causa consistió esencialmente en lo que sigue: En 1º de marzo de 1946 el Ministro de Justicia tomó posesión del inmueble sito en Monroe 3061 de la Capital Federal y de los bienes muebles en aquél contenidos.

Funcionaba allí la escuela alemana "Humboldt", que fue clausurada por motivo de la declaración de guerra contra Alemania. Al día siguiente el Estado ocupó el local con la Escuela Nacional de Comercio Nº 7 y, luego con el Curso Verpertino de Peritos Mercantiles. Dispuesta, mientras tanto una investigación administrativa sobre las actividades de la Escuela Alemana de referencia, ella terminó el 23 de febrero de 1948 con resolución del Interventor Liquidador de la Junta de Vigilancia, que dio por finalizada la investigación en virtud de haberse constatado que la Escuela no había ejercido actividad alguna en contra de las Escuelas Aliadas desde que su función era puramente filantrópica.

Ello no obstante, el Ministerio mantuvo la ocupación del inmueble con los establecimientos oficiales antes indicados, lo que ocurrió hasta que, el 26 de diciembre de 1950, se incluyó la finca dentro del concepto de utilidad pública a efectos expropiatorios.

El aspecto que motivó el fallo de mayoría por tres votos contra dos es el que se vincula con el período de casi dos años que transcurrieron entre la recordada toma de posesión del inmueble por el Poder Ejecutivo y la declaración del 23 de febrero de 1948.

El voto de mayoría se divide en la fundamentación. Para los doctores Orgaz y Villegas Basavilbaso el principio según el cual los perjuicios causados por el Estado en ejercicio de sus poderes de guerra no dan derecho a indemnización —porque lo contrario detendría la actividad gubernativa al respetar con tal extensión las garantías constitucionales— debía ceder en esa causa por la existencia de enriquecimiento indebido y una desviación del poder.

De nuestra parte expusimos que el principio premencionado debía hacerlo, en cambio, por las siguientes razones: a) las facultades privativas de un poder, así se tratase de las llamadas "de guerra", con susceptibles de ser revisadas por el Poder Judicial;

b) ha de examinarse en cada caso si el poder se ejerció o no razonablemente, es decir, si se lo hizo o no dentro de su fundamento y finalidad;

c) al haber el Estado hecho uso del local excediendo los "poderes de guerra" y en perjuicio de intereses particulares, no incurrió en "enriquecimiento sin causa" sino en responsabilidad "aquiliana" (según los artículos 43, 1112, 1113 y otros del Código Civil), surgiendo la violación de la exorbitancia del Estado desde que actuó más allá del fundamento y finalidad de los citados Poderes;

d) que no había "enriquecimiento sin causa" como figura autónoma porque ese remedio excepcional actúa cuando el damnificado no cuenta con otra acción y en la causa tenía la emergente de responsabilidad aquiliana; sólo podía, entonces, verse el concepto genérico del enriquecimiento sin causa, ése que es absorbido por otras figuras (hurto y, en general, delitos contra la propiedad) y no el específico que veían nuestros colegas.

Numerosas causas más podrían mencionarse, pero hemos de omitirlas por razones de tiempo, no sin antes decir que en votos por aparte hemos tenido oportunidades variadas de acentuar el principio.

Veamos ahora la evolución de la doctrina. Esta, de su parte, se ha transformado también desde una posición fuertemente adversa a la responsabilidad de las "personas de existencia ideal" hasta la más avanzada en favor de ella.

Veámosla en apretada síntesis, donde hemos ordenado diversas corrientes doctrinarias, a partir de las que señalan la más fuerte irresponsabilidad para llegar hasta las que marcan el fenómeno inverso.

a) posición extrema: Casarino, González del Solar, Zubiarreta, entre los clásicos; Lafaille, Bielsa, etc. entre los modernos;

b) responsabilidad cuando se trata de "cuasi-delitos" cometidos por sus administradores o empleados: Llerena, Machado —éste en su obra sobre jurisprudencia—; etc.;

c) el profesor Salvat estima que responden por los daños ocasionados mediante actos de personas que están bajo su dependencia, cosas de que se sirven o que tienen a su cuidado (art. 1113 del Código Civil);

d) el Profesor Aguiar, a quien tanto hay que citar en materia civil, expuso la siguiente doctrina: sustituye la voz "aunque" por la expresión "cuando" que contenía el *Esboço*, y sostiene la irresponsabilidad en los delitos criminales o civiles de los administradores, lo que entonces alcanza también a los "cuasi-delitos" cometidos por los administradores si esos actos fuesen delitos culposos del Derecho Penal;

e) en opinión de Rodolfo Rivarola, Rómulo Etcheverry Boneo, Arturo Barcia López, De Gásperi, Camarotta, Colombo —con variantes— la irresponsabilidad solamente puede declararse en el caso de delitos del derecho criminal cometidos por los miembros en común o los administradores individualmente. Todos ellos, a partir de Rivarola, manejan la traducción de las expresiones *sendo que* del artículo 300 del *Esboço*, equivalente a "cuando" y no a la expresión "aunque" con que Vélez, no obstante las observaciones que anota Aguiar, habría equivocadamente traducido la norma del proyecto brasileño;

f) en concepto del Profesor Llambías debe partirse de la igualdad constitucional para no admitir, consecuentemente, la irrazonable diferencia entre personas de existencia visible y de existencia ideal; máxime ante el carácter de excepción del artículo 43 frente a la regla general del artículo 42 y a los resultados de la interpretación, siempre tenibles en cuenta; el texto debe leerse con la expresión "cuando", sobre todo si el codificador admitió haber seguido a la letra a Freitas en la materia; hay, pues, responsabilidad en todo caso que no sea de delito civil —el único al que se refiere el Código— cometido por los administradores;

g) según posición del Profesor Spota ha de hacerse una interpretación correctora y apelarse a la conocida teoría del órgano. Cuando los actos reali-

zados se consideran legal o estatutariamente de la "persona de existencia ideal", sea en la esfera real o aparente, en ocasión o con motivo del encargo, hay responsabilidad. Si el daño se ocasionó mediante actividad separable de la incumbencia o función que le correspondía al agente, entonces no hay responsabilidad;

h) estima el Profesor Borda que la jurisprudencia ha dejado sin efecto el artículo 43 —cuya letra es imposible de sortear— y entran a jugar los artículos 1113, 1124 y 1133 del Código Civil, con lo que la responsabilidad del Estado aparece fuertemente reconocida.

¿Se concibe un caos doctrinario mayor?

Pensamos, de nuestra parte, que el ordenamiento jurídico debe acentuar la responsabilidad del Estado. El camino está en las leyes especiales y, en virtud de su gravitación ante ausencia de esas leyes, en la propia reforma del Código Civil para dar una claridad mayor a sus textos.

Pero entendemos que pueden quedar como pautas para examinar el tema en nuestro Código las siguientes:

El artículo 43 de ese Código no puede analizarse de modo aislado, sino en relación con otras normas afines: 42, 1113, 1124, 1133, etc. Aparece aquél en contradicción con éstas al negar responsabilidad "aunque...", es decir, aun en los casos extremos que cita. Para ello, y teniendo en cuenta que el propio codificador confiesa haber seguido a Freitas "a la letra" (nota al Título 1º de la Sección 1ª del Libro 1º), deben tomarse las expresiones "sendo que" como equivalentes de "cuando" y no de "aunque". De ese modo nos encontramos con que el alcance de las normas consisten en señalar la irresponsabilidad sólo en los casos mencionados: *"cuando los miembros en común o los administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ella"*.

No nos impresiona el argumento, tan invocado y "psicologista", de la falta de voluntad. Sin apelar a la también "psicologista" tesis de la realidad que defendía la existencia de una voluntad social, puede señalarse la contradicción de quienes niegan voluntad a la "persona de existencia ideal" cuando se trata de responsabilidad "aquiliana" y la reconocen, expresa o implícitamente, para celebrar actos jurídicos y, de acuerdo con el artículo 42 del Código Civil, para responder ante el incumplimiento de las obligaciones surgidas de esos actos.

Por esas mismas razones estimamos que las leyes han podido decir que las "personas de existencia ideal" son susceptibles de cometer delitos penales. Muchas leyes lo hacen. Esas personas no serían encarcelables, pero sí susceptibles de multas penales o inhabilitaciones. Tampoco se puede concebir, en otro orden, su capacidad para celebrar matrimonio; pero nadie duda de que gozan capacidad en general.

Además —y fundamentalmente— el artículo 16 de la Constitución Nacional establece la igualdad y la "persona de existencia ideal" —cuyos inte-

reses se resuelven, a la postre, en una multitud de intereses individuales— no puede ser irresponsable en casos donde lo son las "personas de existencia visible" sin que se exija la condición biológica humana como presupuesto esencial.

Asimismo, es evidente que podría aplicársele a estas personas la norma del artículo 1107 del Código Civil, que dice: "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal".

Esta muy poco analizada norma, cuyo alcance hemos descripto minuciosamente en numerosas oportunidades, confiere un derecho de opción al acreedor o damnificado: si el cumplimiento "contractual" entraña delito penal, puede accionar por la vía de ese incumplimiento o por la ruta "aquiliana".

Estas pautas —aun en su esquemática expresión— no serían completas si dejásemos de contemplar una de las cuestiones menos abordadas por la doctrina nacional, principalmente en cuanto ella alude al Estado. Me estoy refiriendo a la llamada "responsabilidad pre-contractual".

El tema descubre en el derecho clásico una serie de observaciones de tipo empírico, sin que una visión sistemática, propia de la ciencia, situara los principios aplicables a la conducta de las partes en el período, más o menos extenso según los casos, anteriores a la formación del contrato válido.

Pero es el genio de Ihering el que primero aprecia la necesidad de su sistematización y es su agudeza de escritor la que nos obsequia con un estudio pleno de hondura científica y de belleza jurídico-literaria.

Para situarnos en el terreno —desgraciadamente poco ahondado por nuestra doctrina— bastará que imaginemos, dentro de la dinámica vida moderna, las tratativas de dos grandes empresas que desean concretar la compra y venta de un solar.

Comenzaría una de ellas desplegando sus organismos hacia la otra para acercarse, acaso conociendo su interés en una operación de ese jaez. Seguiría en el acercamiento hasta darle forma de "tanteos" preliminares concretos y, así, proseguiría hasta la formalización de una oferta definida.

A esto podría suceder un estudio de la otra sociedad, acaso con un pedido de modificación y otras alternativas fácilmente colegibles.

Ahora bien. Si de modo intempestivo la primera rompe sus tratativas, hemos asistido a la concreción de un *acercamiento*, pero no a la de un *contrato*. En esas condiciones, ¿puede hablarse de responsabilidad contractual? Evidentemente que no, porque faltaría la base del contrato; pero, ¿puede mencionarse otro tipo de responsabilidad? La doctrina que estudiamos dice que sí y es nuestro propósito analizarla en sus rasgos esenciales.

Decíamos que Ihering hizo sistema por primera vez. Pero su mano maestra fue seguida de muchos otros juristas, aunque ello no haya acontecido nu-

merosas veces en nuestro país. Para no seguirlos —en obsequio del tiempo— a todos detalladamente, es de conveniencia que sinteticemos en adecuada agrupación técnica.

Una teoría estima que la responsabilidad a que nos referimos es *contractual,* por lo que ha de aplicársele en principio su régimen. Otra es la que ve aquí un caso de responsabilidad "aquiliana"; una otra aprecia una responsabilidad "legal"; y, otra, todavía, un "abuso del derecho". Finalmente otra ve una "declaración unilateral de voluntad" como fundamento de la obligación incumplida. Nosotros, por nuestra parte, vemos en unos casos, la responsabilidad "aquiliana" y, en otros, voluntad unilateral.

El gran jurista germano inicia la marcha y un notable jurista de Italia, inspirándose en él, formula su propia teoría. Los demás destacados expositores siguen la línea pero con variantes que confieren cierta autonomía a sus posiciones respectivas.

Transcurre el año 1860. Ihering estima substancialmente en su obra de una introducción y tres capítulos que: 1) la culpa "in contrahendo" presupone "oferta"; las meras tratativas, en cambio, no originan responsabilidad; 2) ésta es de naturaleza contractual, pero apuntando en una especial dirección; 3) las diligencias exigidas para ejecutar el contrato son idénticas a las que deben exigirse en el período formativo de él; 4) la culpa es sólo de las partes; 5) la acción se transmite a los herederos; 6) ella prescribe como la que se funda en la llamada "culpa contractual"; 7) la indemnización comprende el interés *positivo* o de *cumplimiento* —comprensivo de lo que el acreedor hubiera obtenido en el negocio de haber sido éste uno válido— o del *negativo* o de *confianza* —consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio.

Corre el año 1906, Faggella dice esencialmente: 1) hay dos períodos muy importantes: a) el de tratativas realizadas por las partes con anterioridad a la emisión de la oferta; b) el de los hechos acontecidos desde la emisión de esa oferta hasta la terminación del contrato válido o hasta la cesación definitiva por desacuerdo que impida la formalización legal de aquél; el primero de los períodos está compuesto por negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas y por la etapa que tiene como objeto concretar la oferta definitiva. El fundamento de la responsabilidad no es la culpa; consiste en la transgresión del acuerdo concluído expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones, lo que puede acontecer sin dolo o culpa, mediante una separación arbitraria. La indemnización cubre los gastos reales y no el lucro cesante.

Saleilles se inspira en los juristas anteriores: acepta el fundamento jurídico de Faggella, viéndolo en la violación de los usos que impone la equidad comercial y descarta también la teoría del interés negativo, pero acepta que en ciertos casos se pueda exigir la ejecución real de lo prometido.

Con esto damos por expuestas en visión panorámica las doctrinas contractualistas.

Otra teoría, decíamos, es la de la responsabilidad aquiliana, que ha cobrado numerosos adeptos. Pothier, los hermanos Mazeaud, Aubry y Rau, Planiol, Ripert, Esmein y Savatier, etc. propician este criterio. En nuestro país, Busso, Colmo y Lafaille se cuentan entre sus sostenedores.

Muchos autores franceses giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código de
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código d
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código d
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Código
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Códig
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Códig
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Códi
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Códi
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Cód
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Có
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del Có
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del C
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del C
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del
Napoleón, fuente del giran en redor del articulo 1382 del