

ERRORES Y OMISIONES DE LA REFORMA DE 1968 EN MATERIA DE OBLIGACIONES EN GENERAL.

DR. AVELINO ANIBAL ALBERTINI
Prof. adj. de Derecho Civil II

La noche del 28 de abril de 1968, como si se hubiera desecorrido el velo del Santasanciorum en el que se conservaban las Tablas de la Ley, se dieron a conocer las pautas fundamentales de la Reforma al Código Civil. El pueblo de la República supo, entonces, que los tres miembros que continuaron su trabajo en la Comisión redactora, doctores Bidau, Fleitas y Martínez Ruiz, con "la vallosa y eficaz colaboración" del entonces Ministro del Interior, doctor Borda, habían plasmado la ley 17.711.

Se concretaba así un viejo anhelo argentino. Desde que, en 1936, se encargó a Bibiloni que preparara el primer Anteproyecto de Reformas, se habían elaborado también —como obras orgánicas— el Proyecto de la Comisión revisora de 1936, y el Anteproyecto de 1954, aunque este último sólo tuvo difusión efectiva dos meses después, cuando en junio de 1968 concluyó sus tareas de impresión la Universidad Nacional de Tucumán.

El vocero de la nueva ley, doctor Borda, anunció esa noche algunos de sus lineamientos. Y, por su cuenta, supuso que hablase "tendido desde hace tiempo un piadoso manto de olvido" sobre las producciones de Bibiloni y de la Comisión de 1936, incomprensible inexactitud que no condice, ciertamente, con la ilustración de quien lo afirmaba.

En materia de obligaciones él mismo reseñó así la regulación de la ley 17.711: "se han introducido múltiples reformas —dijo— entre las que cabe destacar las referentes a los hechos ilícitos. Se ha modificado el anacrónico artículo 43, del que la jurisprudencia había prescindido; se ha clarificado y modernizado el artículo 1113, introduciendo la idea dinámica del riesgo creado como complemento del

sistema tradicional de la culpa; se admite ampliamente la responsabilidad por el daño moral, tanto en materia contractual como extra-contractual...". Hizo referencias a la prescripción liberataria, y puntualizó asimismo que se introdujera el "principio de la mora automática en las obligaciones a plazo".

Nada más en lo relativo a obligaciones, salvo la incidencia general —también anunciada en esa oportunidad— del nuevo espíritu que se quiso insuflar en el Código de Vélez, ajeno a su filosofía que entonces se calificó como "liberal, individualista, positivista"; la recepción normativa de la teoría del abuso del derecho, en calidad de "regla capital de la reforma"; la exaltación del principio de la buena fe; la modificación del régimen de transmisión del dominio inmobiliario; o las nuevas reglas en cuanto a la indivisibilidad de la unidad económica.

Nada más, pero bastante en ese momento para llenar de inquietud la espera ansiosa del texto legal, difundido por los diarios al día siguiente y publicado en el Boletín Oficial el 26 del mismo mes de abril de 1968.

El conocimiento del nuevo texto normativo creó, en quienes dedicamos nuestras inquietudes a la dogmática del Derecho de las obligaciones, real decepción y grave perplejidad. La ley 17.711, en el tratamiento de dicha área específica del Derecho Civil, incurre en errores y omisiones que perturban el equilibrado sistema de una disciplina que fue elaborada, desde siglos atrás y, más aun, en el Código de Vélez, con la rigurosa precisión de un teorema, con la impecable armonía de lo geométrico. No es que lo antiguo sea intangible. No, pero está dotado de autoridad. No es que lo nuevo sea por sí deleznable. Pero lo nuevo, para imponerse, debe tener razón suficiente que le dé sustento.

En mi modo de ver el balance pertinente de dicha ley de reformas en el sector aludido es desfavorable. Ella cristaliza a veces soluciones que eran ya comunes en la jurisprudencia, por lo que no innova; y otras, cuando introduce novedades, lo hace con graves deficiencias. Comúnmente con muy serios errores de técnica legislativa interna, que la ley 17.940 quiso achacar —en cierta proporción— a erratas de linotipo, pero que traducen la desprolijidad general que es pauta de la nueva regulación normativa.

El balance es desfavorable porque no se trata de sumar dispositivos buenos y malos, y contar cuáles arrojan una cifra mayor, sino

de ponderar la trascendencia de modificaciones, muchas veces incon-sultas, que desquician un sistema cuyo análisis, dos años después, puede hacerse ya con la visión de perspectiva que permite captar la totalidad del conjunto y apreciar sus imperfecciones e incongruencias.

Pero antes de penetrar la zona específica de los derechos creditorios, hay que poner de resalta tres circunstancias perturbadoras de la comprensión general del sistema, pues inciden en la interpretación de sus regulaciones.

En primer lugar la ley 17.711 no trae precepto alguno que derogue genéricamente los dispositivos incompatibles; sólo se ha previsto, en su artículo 1°, la derogación "expressa verba" de una veintena de preceptos del Código de Vélez. Este modo de legislar coloca al intérprete en graves dificultades, pues sólo cuando se realisa una reforma al Código hay, en estricto Derecho, una ley posterior que deroga —aun implícitamente— la norma anterior incompatible. En cambio las reformas en el Código, porque entran a formar parte de un sistema que se ha de estimar armónico, deben completarse con una disposición que, cuando menos, declare implícitamente derogadas los preceptos antinómicos con los nuevos textos; y la ley 17.711 ha sido concebida —por la particular técnica que eligió el legislador— como una reforma en el Código a la que no se ha agregado norma genérica alguna que derogara los preceptos incompatibles. Pero frente a ese defecto de técnica el intérprete —y sobre todo el juez, constreñido a fallar razonablemente— habrá de apartarse de los principios antes expuestos, y habrá de hacer una obra de artesanía para calibrar si el nuevo artículo adecúa o no a otros textos que habían sido concebidos como mecanismos del sistema que se vino a modificar. Ocurre, empero que si el Derecho es arte, los hembra de Derecho debemos tener vocación de artistas, no de meros artesanos.

En segundo lugar la ley de 1968 no ha previsto un adecuado tránsito de la norma vieja a la norma nueva. La "vacatio legis" —dos meses— fue extremadamente breve, sobre todo por la ignorancia anterior acerca del contenido de las modificaciones, pero, más gravemente, el art. 3 reformado no cubre de regulación completa los inevitables conflictos de las normas jurídicas en el tiempo. Piénsese de qué distinta manera trató la cuestión el sistema italiano de 1942 que, en débita de los derechos creditorios, dedicó los arts. 159 a 194 del Real decreto del 30 de marzo de ese año con disposiciones transitorias para la aplicación del Código Civil.

Además, como tercera objeción previa, algunos textos de la ley 17.711 pueden llegar a ser manejados como normas interpretativas de la regulación del Código de Vélez. Esto ya ha sido estimado en algunos fallos. ¿Cuántas normas, según ese criterio, serían consideradas interpretativas, con el alcance propio de ser aplicables aun a las controversias judiciales en trámite al tiempo de entrar en vigencia? El texto actual del art. 3, es claro, establece que las nuevas leyes no son retroactivas y que no se aplican a las situaciones jurídicas convalidadas antes de que rijan como tales; pero los preceptos interpretativos, por su índole específica, son aplicables inclusive a situaciones ya cumplidas y pendientes de juzgamiento, es decir, no hay óbáculo a su retroactividad.

La ley 17.711, en la materia en análisis, muestra algunas regulaciones acertadas. Pero otras, en cambio, son indudablemente criticables y, en general, técnicamente defectuosas. Ciertas modificaciones resultaban innecesarias porque había jurisprudencia firmemente establecida en igual sentido que el adoptado por ella; y, a veces, la reforma ha venido a oscurecer un panorama interpretativo transparente. Otras reformas resultan equivocadas, inclusive porque en algunas casos convierten en precepto opiniones singulares que, cuando menos, carecen de sustento en el consenso doctrinario general. La raíz, en las plantas o en las leyes, aporta al organismo más vida que el injerto; el injerto es recomendable para mejorar cierta especie, para aumentar sus virtudes, para eliminar sus deficiencias. Pero con el injerto no puede cambiarse lo vital de una raíz. Ni es procedente que, en trances de injertar, se omita el tratamiento de temas que la Ciencia Jurídica ha elaborado como institutos nuevos, o que el viejo sistema había olvidado prever: es —en tema de obligaciones— el caso del estado de necesidad y de la legítima defensa, que constituyen reconocidas causas de justificación del obrar que, de no mediar esos extremos, sería anti-jurídico; de la masa del acreedor mencionada por Vélez al final de su nota al art. 509; de la teoría de las obligaciones de valor, implicada por algunos nuevos preceptos, pero arruinada —como veremos luego— por una regulación disímil e inorgánica; de la cesión de las herencias que, en la nota al art. 1484, Vélez prometió tratar en el Libro IV de su Código, sin hacerlo luego. Pero es más: reiteradamente, al reformular los preceptos relativos a un tema, los dispositivos nuevos incurren en omisiones. Se omite a veces, y se omite también cuando no se quiere omitir.

Sin embargo, como dije, ciertas reformas en el sector de las Obligaciones en general resultan plausibles. Comenzaremos por mencionárselas porque ello es saludable; los estudiosos del Derecho queremos a las leyes porque constituyen el modo de expresión de lo jurídico, con afecto semejante al que sentimos por el "habitat" cotidiano, pues las leyes constituyen el "habitat" de nuestra vocación. Más aún al Código Civil, porque debemos acudir a él en busca de respuesta y lo descubrimos, y redescubrimos, cada día. Por eso mismo constituye motivo de íntima satisfacción señalar positivamente cuáles reformas pueden considerarse acertadas. Como en el teatro clásico, el primer acto plantea el tema; el segundo lo desarrolla; el tercero contiene el desenlace. La primera parte, pues, la dedicaré a plantear las nuevas normaciones más o menos acertadas. La segunda, a desenvolver la crítica a las que constituyen errores o incurren en omisiones, con la justificada esperanza de que el Código de Vélez sea expurgado alguna vez de ellas. El desenlace, en cambio, ya es conocido: un balance que, repito, es desfavorable; que no tiene, como ciertas obras de teatro, mensaje valioso; que trata una cuestión, o varias, y deja el tema sumido en la confusión y al espectador inmerso en el desencanto. Lo más grave, cuando se trata —como en el caso— de leyes y no de teatro, es que no hay espectadores, sino destinatarios de la norma, que son los justiciables, y es nuestro deber de abogados procurar que regulaciones desacertadas no recaigan indebidamente sobre ellos.

Dentro de las reformas el agregado hecho al art. 907 consagra una solución compartible. De acuerdo con el art. 921 del Cód. Civil se reputan hechos sin discernimiento los actos ilícitos de los menores de diez años y de los dementes, así como "los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón". De modo correlativo el art. 907 plasmado por Vélez, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes tienen a su cargo dichas personas (art. 908), hacía aplicación en el caso de las reglas de restitución del enriquecimiento indebido: "cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, 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". Si el infante, o el loco, se apropiaban de una cosa ajena, correspondía que la restituyeran; pero si lesionaban, o mataban, por no haber consecuencia incremental patrimonial para ellas, no cabía reclamo alguno. De allí que la ley 17.711 haya acertado al consagrar en el caso, sin perjuicio de la

aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, una indemnización de equidad: "Los jueces —establece— podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundadas en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima". La línea de ideas, acorde con la iniciada por el art. 1310 del Código austríaco de 1812, y seguida por múltiples precedentes hasta el art. 489 del Código portugués de 1967, no conmueva los principios rectores de la responsabilidad civil, pues se limita a consagrar una equitativa distribución de daños en ciertos supuestos especiales evitando situaciones aberrantes como las que se planteaba la doctrina: el demente rico que mataba al trabajador pobre, sostén de su familia, por aplicación del Código de Vélez no tenía obligación alguna ante los deudos porque con el acto no se había enriquecido.

Otra feliz solución de la reforma de 1968 admite la equitativa atenuación judicial del monto indemnizatorio cuando no promedia dolo; el agregado hecho al art. 1049 dispone: "Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola(s) si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable". Otra vez la equidad irradia su luz, y a tenor de ella los jueces pueden poner un tope razonable al monto indemnizatorio cuando el deudor quedaría arruinado si lo cubriera íntegramente. En el orden jurídico se consagra el deber de satisfacer una reparación plena, según la plenitud propia de cada sistema; como no es dable reparar todo el daño, que se despliega en consecuencias inaspechadas, el Derecho pone un tope que, entre nosotros, es brindado en general por la noción de previsibilidad: se reparan los daños que se previeron o pudieron prevenirse al momento de la trasgresión nociva. Pero la determinación de esta plenitud no es ciega; no lo es con respecto a la cuantía de los daños para el deudor común porque se cargan en su cuenta sólo los que previó o pudo prevenir, ni lo es ya para el deudor culposo que sería sometido a la indigencia si debiera responder por todo el monto de la indemnización fijada según las pautas ordinarias. Sin embargo, y también con correcto criterio, la ley 17.711 inhibe de prevalerse de esta facultad cuando el daño es atribuible a dolo del responsable, porque sería inconcebible que en un delito civil —ocrido, por definición del art. 1072, a sabiendas y con intención de dañar— cupiera

prezcindir de la subjetividad del autor, dándole algo así como un premio a su malicia.

Me complace, asimismo, destacar la reforma del art. 1063. Este precepto tiene dos implicaciones básicas: en primer lugar, a la manera del sistema alemán y distintamente del sistema romano que siguió Vélez, consagra la reparación en especie del daño extracontractual; en segunda, al disponer la reposición de los cosas al estado anterior, deja inequívocamente sentado que la deuda generada por un hecho ilícito importa una obligación de valor. Sabido es que el Código argentino, en el texto subrogado, dispuso que toda indemnización de daños se resolviera en el pago de una suma de dinero, precepto que la jurisprudencia trató alguna vez de sortear estimándolo vigente sólo en la órbita de los delitos civiles, no en la de los cuasidelitos, con el abance de que, en tren de paliar su operatividad, llegaba a soluciones impropias: así, verbigracia, quien rompía dolosamente una pared, por haber cometido un delito, quedaba sometido exclusivamente al deber de reparar en dinero, y quien lo hacía con culpa podía quedar obligado a reparar en especie mediante la reconstrucción de la pared destruida. La reparación, desde la reforma, consiste pues en la reposición al "status quo ante", salvo que el acreedor opte por reclamar la indemnización pecuniaria, o que no se trate de cosas, o que la reposición al estado anterior resulte total o parcialmente imposible, o que sea de aplicación la facultad judicial consagrada por el art. 1069 que se acaba de ver, o que la pretensión de que se le repare en especie implique un abuso de derecho de parte del acreedor al exigir gastos desproporcionados, como si porfia en que se le repenga una poca valiosa alfarería indígena sólo conseguible luego de costoso viaje a una lejana región; esto último, cabe agregar aquí, no surge expresamente del nuevo texto legal sino del sentido impreso por el art. 1071, y el IV Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba el año pasado recomendó que, con tal abance, se modificara la reforma. Es cierto que en la mayoría de los casos seguirá haciéndose la reparación en dinero, porque comúnmente el acreedor optará en esa dirección, y así se ahorrarán discordias acerca de cómo se efectuaron los arreglos debidos, se evitará que deudores conformes posterguen injustificadamente la obra específica que les compete, y se hará en suma más fluido el modo de cumplimiento de la obligación de reparar, pues debe pensarse qué intranquilidad tendrá el acreedor si descarga en el responsable la reparación de la dirección de su auto-

móvil dañado en un accidente, y cuántas renovaciones de incidencias podrán generarse si no está de acuerdo con el material empleado, o con la calidad de la obra de mano, etc. Con todo, insiste, no puede haber ya duda acerca del carácter de obligación de valor de la deuda del responsable extracontractual, sin que cuadre hacer el viejo distinción entre daños reparados por la víctima o subsistentes en la cosa afectada por el hecho.

En tema de obligaciones indivisibles la reforma de 1968 ha introducido este párrafo al art. 2326: "No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica". Congruentemente el nuevo art. 3475 bis, que sienta el principio de la división y adjudicación en especie de los bienes de la herencia, hace salvedad del caso en que se "convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el artículo 2326", en tanto el subsistente art. 3715 da igual solución para los supuestos de división de condominio. Sabido es que la cosa se reputa jurídicamente divisible cuando es susceptible de fraccionamiento material en porciones reales homogéneas y análogas al todo (arts. 667 y 2326), y tal división no afecta su utilidad o productividad; éste era el criterio de Vélez, asentado en la parte final de la nota al art. 669 que conducía a estimar jurídicamente indivisible una piedra preciosa, pues el bien ésta es materialmente divisible en tales porciones el fraccionamiento afecta el valor total: un diamante de diez quilates vale más que diez piedras de un quilate. La ley 17.711 ha captado la noción de unidad económica para el caso de inmuebles, definiendo su determinación a las autoridades locales. Se trata de un resguardo contra el minifundio, y ese concepto apareció ya en 1940 en las leyes de colonización, y asimismo en la legislación de arrendamiento de tierras fiscales y en la de arrendamientos agrarios. En la ley 17.253, verbigracia, el arrendatario o aparcerero que lo adquiriera puede subdividir el predio en unidades económicas y, en caso de sucesión "mortis causa" o división de condominio, el mínimo divisor es también dicha unidad económica (art. 13, inc. d). El concepto de unidad económica que fluye de esos dispositivos denota al predio que, por su superficie, calidad de tierra, ubicación, mejoras, y demás condiciones de explotación normal en la zona, mediante un trabajo racional, permite subsistir a las necesidades familiares y a

una evolución favorable de la empresa; esto es, se alienta la explotación racional y unificada de la tierra.

Otra modificación capital de la reforma de 1968 consiste en la incorporación normativa, en el Código Civil, de la doctrina del abuso del derecho, que había sido ya recogida por la legislación de emergencia en materia de locaciones urbanas: art. 62 de la ley 15.775, art. 70 de la ley 16.739, y que no plasmó antes en la ley 14.821 porque el Senado modificó la sanción de Diputados, cuyo art. 71 traía una fórmula equivalente. Todo cuerpo de normas como un Código gira en torno de algunos pilares fundamentales; en materia de obligaciones, por ejemplo, de la fuerza obligatoria de las convenciones y de la exigencia de un objeto moral y lícito en ellas, del principio según el cual no debe dañarse injustamente a los demás ni enriquecerse indebidamente a sus expensas. Un eje fundamental del sistema es, también, el principio de relatividad de los derechos subjetivos: desde que estas facultades se dan en el orden social la pluralidad de sujetos presupone una estructura imbricada, como si se conformase un sistema celular proteico en el cual cada célula del tejido se expandiera o se comprimirá hasta llegar a otra célula, a otra facultad de un sujeto distinto. La relatividad de los derechos subjetivos —principio de toda indiscutible evidencia— desemboca en la doctrina del abuso, que no es ciertamente del Derecho con mayúscula y en singular en cuanto denota al sistema jurídico, sino de "los derechos", en minúscula y con número plural, que denominan a las potestades o pretensiones de sus titulares respectivos. En la zona de las obligaciones el acto abusivo ingresa en el terreno de la ilicitud concebida como proceder contrario a las pautas que señala el sistema jurídico; está descripto como el ejercicio que contraría las fines que la ley tuvo en mira al reconocer la facultad, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y con ello la directiva del art. 1066 del Cód. Civil —que exige la trasgresión normativa para configurar la ilicitud— se ensancha en forma vivificante al estimarse expresamente como injustas una serie de actitudes exorbitantes de ejercicio de pretendidas facultades, cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo, y que se patentizan por apartarse en la convivencia social de la regla moral. Sólo el ejercicio regular de una facultad está jurídicamente permitida, y esto —según pónese— estaba implicado ya por el Código de Vélez que, si bien autorizaba "el ejercicio de un derecho propio" en el

vicio art. 1071, correspondía a la interpretación en el mismo sentido de que no había ya derecho propio, esto es, había un injusto, cuando quería penetrar fuera de su órbita propia, regular o típica. Pero la ilicitud del acto abusivo no es idéntica a la de los actos ilícitos "stricto sensu" como el delito o el cuasidelito: en un delito civil, por ejemplo, la trasgresión normativa es franca, a cara descubierta, mientras en el acto abusivo es solapada pues se invoca un derecho y al hacerlo se le desbarba; quien atropella a un peatón jamás tuvo facultad alguna para atropellarlo, de allí que la trasgresión normativa sea franca, pero si el propietario de un fundo —invocando el art. 2629 del Cód. Civil— corta por sí las raíces de árboles que crecen en el terreno vecino y se extienden en el suyo, tal investidura de una facultad, si se ejerce abusivamente, implica una trasgresión solapada. He dicho diez años atrás, a propósito del ya mencionado art. 62 de la ley 15.375, y lo reitero: la teoría del abuso del derecho, como generadora de obligaciones, derivada del concepto de relatividad de los derechos, y consecuencia de la conducta antinormativa del titular de la facultad que la ejerce con exceso, pone al jugador en delicada disyuntiva que lo fuerza a encontrar un término medio entre el uso de los derechos como armas ofensivas para los demás por un lado, y la necesidad de no caer —so pretexto de humanizar el Derecho— en el dominio de la caridad; teniendo en todo caso presente que habrá de velarse por no afilar al hombre al reducir hasta un mínimo demasiado estrecho su libre actividad.

Una sexta reforma digna de encomio es la incorporación de los postulados de la doctrina de la imprevisión. Hay tiempos en los cuales lo anormal se hace normal, como si el curso natural y ordinario de las cosas a que alude Vélaz en el art. 901 saliera de su cauce para irrumpir en lo inesperado, en lo imprevisible. Corresponde, entonces, tomar en cuenta ese dato de la realidad; a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época —lo imprevisible de ayer llega hasta ser lo previsible de hoy—, otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal. Debe establecerse como premisa, en ámbito de los contratos, el respeto al principio "pacta sunt servanda" (art. 1197 del Cód. Civil), pero con el alicance de mantener la equivalencia de las prestaciones —como presuposición o base del negocio jurídico—, de manera que adviene valiosa la teoría que, haciendo pie en la imprevisibilidad, da lugar al reajuste de las prestaciones que las

circunstancias tornaron groseramente distintas de las queridas. Por ello, en seguimiento de la opinión doctrinaria y jurisprudencial dominantes, la ley 17.711 ha reformulado el texto del art. 1198 recogiendo la llamada teoría de la imprevisión que, a mi entender, cabía en los pliegos del Código de Vélez en la medida en que el culpable responde sólo de las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 929), siendo injusto atribuir a la responsabilidad de quien no es siquiera culpable, consecuencias del tipo de las causales, claro está que a manera de efecto de la convención, no del incumplimiento. El nuevo texto legal da lugar a la parte perjudicada para demandar la resolución del contrato si la prestación a su cargo se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, a condición de que no haya obrado con culpa o esté en mora, y siempre que la otra parte no ofrezca "mejorar equitativamente los efectos del contrato". Semejante —sino idéntico— supuesto fáctico subyace al caso fortuito y a la teoría de la imprevisión. Sin embargo los efectos de uno y otra son diversos: aquél hace imposible la prestación debida, genera imposibilidad de pago; ésta opera cuando la prestación no es imposible sino excesivamente onerosa, siendo jurídicamente posible satisfacerla aunque de ella pueda derivar hasta la ruina del deudor. La imposibilidad de pago proviene de la imposibilidad jurídica de cumplir la prestación; en la doctrina de la imprevisión juega, en su caso, la imposibilidad económica.

Las seis modificaciones que se acaba de reseñar constituyen el núcleo más rescatable y, por ello, importante de la reforma de 1968 en materia de obligaciones, porque incorporan institutos apropiados, o porque dan el imperio legal a otros que con variaciones más o menos señaladas, recogían ya los Tribunales. Algunas imprecisiones de la regulación que se les ha atribuido son superables con poco esfuerzo hermenéutico, y son absorbidas por el valor que imperta el sentido que con ellas se ha dado a la normativa civil. Veamos aquí, en seguida, otras reformas que pueden estimarse aceptables, aunque algunas hubieran sido innecesarias y, por ello, incongruentes con la tónica de una reforma parcial que se dijo limitada estrictamente a lo que se consideró imprescindible modificar, y aunque también comúnmente se hayan plasmado con omisiones o incongruencias.

En ámbito de la acción por simulación ilícita, el texto reformulado del art. 109 del Cód. Civil establece que la acción entre las partes sólo cabe si tiene por objeto dejar sin efecto el acto y aquéllas no pueden

obtener ningún beneficio con la declaración. Esta, ni más ni menos, era resuelta en seguimiento del criterio de Bibiloni: la acción, en el caso, sólo procede cuando se quiere dismantelar el acto simulado perjudicial para terceros o violatorio de la ley, y no tiene lugar —por ejemplo— si alguien para disminuir su activo ante la certeza de que será declarado en quiebra, simula vender bienes y, una vez liquidado el activo viable y rehabilitado, quiere accionar contra su cómplice en la simulación ilícita, pues de tal manera vendría a consumar acabadamente la maniobra dilusoria del activo. La reforma, además, respecto de la acción entre partes cuando la simulación es, en cambio, lícita, formuló un agregado al art. 360: puede prescindirse del contradocumento si promedian circunstancias que hacen inequívoca la simulación.

En tema de obligaciones de dar la reforma de 1968 modificó el art. 2505 e introdujo así el requisito de la inscripción registral para la transmisión por acto entre vivos de derechos reales sobre inmuebles. Pero lo hizo tan defectuosamente que, antes de empezar su vigencia, la ley de Registro 17.801 debió poner las cosas en su lugar y sortear la contradicción lógica que contenía el art. 2505 reformulado: esa inscripción, aclararon especialmente sus arts. 2 y 30, se exige para la publicidad del acto traslativo y su oponibilidad a terceros porque —con criterio similar al que ya consagraba el art. 3135 en materia hipotecaria— las partes, sus herederos, y los demás intervinientes en la formalización del acto, como el escribano y los testigos en su caso, no pueden prevalerse de la falta de inscripción. Ahora, pues, la transmisión del dominio inmobiliario reclama la inscripción registral para ser oponible a terceros —con lo que, diría, se “constitucionalizan” las disposiciones de las viejas leyes locales de Registro—, y ese requisito se agrega al de la tradición que no ha sido suprimido (art. 577). De ello se sigue que no basta para acreditar el dominio la continuidad en el tracto de titulares registradas, pues simultáneamente es menester demostrar las tradiciones necesarias en la cadena de adquirentes sucesivos, con las obvias dificultades de investigación de actos que, muchas veces, permanecen en la clandestinidad. Y se sigue también la desarmonía de los arts. 594 y 595; para estos preceptos, que permanecen ineluctables, basta que el deudor haga tradición de la cosa inmueble a un tercero de buena fe para que el acreedor esté inhibido de reclamar nada a este tercero, lo que implica una contradicción en el sistema: la oponibilidad del derecho del tercero al acreedor presu-

pone —como se ha visto— la inscripción registral, que para nada contemplan los mencionados arts. 594 y 595.

En lo atinente a la solidaridad, el párrafo agregado al art. 715 dispone que "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 —agrega— pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el juicio". Esta solución es acorde con el principio de que la cosa juzgada afecta sólo a quienes tuvieron la garantía del debido proceso, y adocida al criterio expresado por Vélaz en el art. 853 y su nota, en seguimiento de Aubry y Rau, y concordante con los arts. 2030 y 2033: el codeudor puede mejorar, no agravar, la situación de los demás. Pero la ley 17.711 habría hecho bien en repetir asimismo el resto sentido de los textos concebidos por Bihlani, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1934, según los cuales un codeudor no podría invocar la cosa juzgada contra el acreedor solidario, recaída en juicio seguido contra otro codeudor, cuando la sentencia absolutoria se fundara en una causa personal para el deudor litigante, como ocurre si la demanda es rechazada porque éste se había obligado bajo condición suspensiva no cumplida.

En cuanto a la confusión producida respecto de uno de los acreedores y uno de los deudores solidarios, los arts. 707 y 866 del Cód. Civil contenían regulaciones distintas. Aquél, tomado del Código chileno, prevalece la extinción de la obligación, y éste, que vino del Cód. francés, la limitaba a la porción del objeto a cuyo respecto se había operado, con exclusión de "las partes que pertenecan a los otros coacreedores o codeudores". La recta interpretación de esos preceptos, de apariencia antinómica, concluye que el art. 707 daba la regla cualitativa (la extinción) y el art. 866 la cuantitativa (en la parte correspondiente al coacreedor y codeudor a cuyo respecto se produjera ese modo extintivo). La reforma de 1938, al no mencionar ya la confusión en el art. 707, lo ha esclarecido debidamente.

La cláusula penal tiene una función compulsoria y otra indemnizatoria. La primera coadyuva al acatamiento de la obligación contractual, pues el deudor se siente inclinado a cumplir la prestación que prometió antes bien que pagar la pena o multa. Pero, además, la cláusula penal avalúa anticipada y convencionalmente los daños y perjuicios; de allí que, en principio, el acreedor no tenga derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es suficiente al

efecto, si cuadre al deudor eximirse de satisfacerla tras demostrar que el acreedor no sufrió pérdida alguna. La cláusula penal es, pues, inmutable, y así lo establecía categóricamente el Código de Vélez en el art. 522, y lo repetía en el art. 656. El remplazo de aquél por un texto que stañe a otra cuestión, y el agregado hecho al art. 656, ubican el tema en la dimensión en que lo había colocado la jurisprudencia; algunos fallos de fines del siglo, es cierto, llegaron a admitir cláusulas penales que importaban intereses del diez por ciento mensual, pero principios rectores prevalentes del orden civil, como la exigencia de moralidad en el objeto del acto jurídico —implicada, asimismo, por el art. 653— trasladaron nuestro sistema de la inmutabilidad absoluta que parecía consagrar, a la inmutabilidad relativa. Al igual que nuestros Tribunales, y como el Código alemán y quienes lo siguieron, el agregado de mención hace decir hoy al art. 656 que los jueces podrán "reducir las penas cuando por su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

En lo que hace a la repetibilidad del pago hecho antes del cumplimiento del plazo, el Código trazaba en los arts. 571 y 791, inc. 1.º las siguientes reglas: se suponía que el deudor conocía el plazo, y era entonces irrepetible, pero si aquél demostraba haber pagado anticipadamente por ignorancia del plazo, la repetición cabía con el efecto de que, una vez llegado el término, debía volver a pagar. La reforma modificó el art. 571 y dejó inelucta el art. 791, inc. 1.º, de manera que "el deudor que ha pagado antes del plazo no puede repetir lo pagado". Se vuelve así a la regla del Código francés, y a la interpretación mayoritaria de la doctrina gala, y se deja de lado el criterio de Marredé que invocó el Codificador en la nota al art. 571, con el efecto de que el pago antes de vencido el plazo implica renunciarlo. De cualquier manera habrá supuestos en los cuales el deudor ignore la existencia del plazo, como si paga un legado en función de un testamento y, luego, descubre otro testamento posterior que manda pagarlo pero sometido a un término; si bien puede aceptarse la solución a que arriba la ley 11.711 en esta cuestión, habría sido conveniente que dejara a salvo el derecho del deudor para reclamar al acreedor el enriquecimiento que su pago antes de tiempo le hubiera procurado, o los intereses o frutos que la cosa hubiera producido en

el tiempo anticipado, como lo establecen respectivamente los Códigos de Venezuela y del Distrito y Territorios Federales de México.

En lo pertinente a la ruina de edificio el art. 1132 del Cód. Civil dispone, y dispone, que el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenaza ruina no puede pedir al dueño de éste garantía por el daño eventual, ni exigirle que lo repare o haga demoler. Pero el agregado que se formuló al art. 2499 establece que quien tema un daño derivado "de un edificio o de otra cosa", puede formular denuncia ante el juez para que se adopten las oportunas medidas cautelares. El ensamblaje de ambos textos genera dificultades: es inequívoco que sigue vedada, en nuestro Derecho, la caución "damni infecti", que conocieron los sistemas romano y español antiguos y se concedía con el alcance de que el vecino debía afianzar el pago del perjuicio virtual que se produjera; pero hay contradicción entre la parte final del art. 1132 y el párrafo agregado al art. 2499. A tenor de estos preceptos se niega, y se autoriza, respectivamente, la pretensión de que el juez ordene la reparación o la demolición del edificio ruinoso, y literalmente queda a salvo de la contradicción el supuesto de cosas que no son edificios, como los árboles, cuyo corte, indudablemente, puede reclamarse en función del art. 2499, nuevo texto.

En lo que respecta a la prescripción liberatoria la ley de 1968 ha introducido varias modificaciones. Por de pronto debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en juicio que haga quién la articula (art. 3962), texto que puede haber traicionado la intención del legislador: el rebelde en juicio podría plantear la prescripción cuando se presentara en los autos, después de vencido el plazo para contestar la demanda, con tal de que no dejara de aducirla en esa primera presentación, porque la fórmula legal no es como la de las leyes procesales en tema de recusación sin causa, que imponen recasar "al tiempo" de contestar la demanda, y excluyen así que el rebelde pueda ejercer dicha facultad en su presentación ulterior. Respecto de los incapaces, si tienen representante legal, corre la prescripción liberatoria (art. 3966), con lo cual se adecúa la solución al criterio de Vélez expuesto en el art. 68 y en la nota respectiva; si carecen de representación los jueces podrán liberar a los incapaces acreedores de los efectos de la prescripción cumplida "por razón de dificultades o imposibilidad de hecho", con tal de que después de cuarenta días hubiesen actuado los derechos "en el término de tres meses" (art. 3960). Advertíase que la carencia de representantes

no suspende el curso de la prescripción sino que lo prolonga, para el art. 3980 presupone una prescripción cumplida en el momento en que el incapaz no tiene representación, lo que puede llevar a situaciones desiguales que habrían desaparecido si se hubiera adoptado el distinto criterio del Cód. Italiano, que continuó el Anteproyecto de 1954; como reguló el tema la ley 17.711 puede ocurrir que alguien se incapacite apenas comenzado a correr el plazo de prescripción liberatoria contra él, que permanezca sin representante durante todo el tiempo de prescripción —digamos diez años—, sumado entonces en imposibilidad de obrar, y que una vez designado el representante disponga entonces sólo de tres meses (y no diez años útiles) para accionar. El art. 3982 bis, por su parte, establece que la querrela criminal de la víctima de un acto ilícito contra los responsables del hecho "suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños", y que "cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela"; en general se resolvía que la querrela no afectaba por sí el curso de prescripción de la acción civil, que de ahora en más se suspende por virtualidad de dicha querrela, con el efecto de que se aprovecha el tiempo anterior a su promoción (art. 3983), pero también con el sorprendente alcance de que, por la reversa la redacción del precepto, el reclamo de indemnización en sede penal comporta una demanda que suspendería, no interrumpiría, la prescripción de la acción civil, contrariamente a lo que prevía y prevé el art. 3986. Este último artículo, desde otro punto de vista, en su segunda parte corregida por la ley 17.940, consagra el efecto suspensivo de la "constitución en mora" que, por una sola vez, se extiende "durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción"; y da pie a pensar que, admitida por el art. 509 la mora sin interpelación en las obligaciones a plazo, pudiera volverse a constituir en mora a un deudor que está ya, automáticamente, en ese estado, lo que determinó al Congreso de Córdoba del año pasado a declarar que, en el caso, se ha querido hacer referencia a la interpelación, a la intimación de pago. Además, como última cuestión de este tema, el art. 4037 prolonga a dos años el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual; el deficiente tratamiento del Derecho transitorio ha creado, ya, a propósito de este texto, dasinteligencias interpretativas por la operatividad de los arts. 3 y 4051 del Cód. Civil, y el argumento

que se extrae del art. 2 de la ley 17.840, con relación a prescripciones comenzadas antes del 1° de julio de 1968 y no cumplidas a esa fecha, de modo que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se inclina por aplicar el viejo plazo anual, en tanto la Cámara Civil de la Capital Federal opta por el nuevo plazo bianual.

El pronunciamiento judicial que constituye un mandato debe ser acatado, inclusive a la fuerza. Pero es problemático el caso en que el uso de la fuerza no resulta idóneo para controlar al deudor a que cumpla. Los tribunales franceses idearon al efecto una solución ingeniosa: las "astreintes" (del latín "astringere": compeler), que comportan una condena cominatoria y constituyen un modo de coerción de tipo económico, a través de sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, y que son aplicadas —aun sin texto permisivo expreso— en función de las potestades implícitas de los jueces. La clara toma de conciencia de ese remedio por parte de los tribunales argentinos arranca diez años atrás, y tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37) como la reforma del Código Civil (art. 686 bis) consagraron legislativamente el instituto, de manera que los jueces pueden graduar las "astreintes" según el caudal económico del deudor, y hasta dejarlas sin efecto, pues lograda la satisfacción de la prestación debida no es siempre justo ejecutar la sanción pecuniaria, ya que si bien es inadmisible la burla al mandato judicial, una vez vencida la resistencia se impone ponderar en qué medida obedeció a la contumacia del deudor o a factores ajenos momentáneamente insuperables. Esta solución legal, cabe acotar, ha venido a reforzar el criterio jurisprudencial dominante, y es parte de un panorama de reforzarse en la protección legal del crédito, al que concurren —en su medida— la reforma civil, la reforma penal, y el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Se han ampliado los deberes y las facultades de los jueces en la conducción del proceso; se ha sancionado la inconducta procesal maliciosa; se ha regulado la acción subrogatoria; se han precisado y ampliado las medidas cautelares; se han tipificado los delitos penales de insolvencia fraudulenta y de desobediencia procesal fraudulenta; se ha aumentado la pena del delito de estafa, y aclarado o ampliado la regulación de la apropiación indebida, el hurto impropio, la usurpación, la administración fraudulenta, la presentación de balances falsos, la autorización de actos sociales indebidos, el estelionato; y, muy fundamentalmente por la cuantía

económica en juego en las transacciones respectivas al caso, se ha plasmado la nueva figura penal de desbaratamiento de derechos acordados que incrimina a quien por cualquier acto hace imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación que a él se refiere, con inequívoca vigencia en el caso de boletas de compraventa de inmuebles cuando el vendedor suscriba sucesivamente varios boletos a favor de distintos adquirentes de la misma casa, o la dé en locación a un tercero, o hipoteque en bloque la totalidad del edificio.

Señoras y señores: Hasta aquí hemos venido analizando las pautas de la reforma de 1968 en materia de obligaciones, a propósito de temas que ha tratado de manera plausible o aceptable si se pasan por alto ciertas imperfecciones técnicas. El sentido general de ellas es valioso, y por eso merecen en todo caso un juicio sintético aprobatorio. Tal es, así, lo positivo de la reforma en el área de esta exposición. Sin embargo la ley 17.711 contiene graves errores cuando regula otras cuestiones, que merecen y exigen la crítica severa, y cuyo sentido dialéctico hace preoconizar enfáticamente la modificación de lo mal reformado. Toda nueva ley inicia, desde su sanción, un proceso de renovación de ella misma: la crítica, el ajuste a que da lugar, constituyen logros beneficiosos porque tienden a la perfección de una obra que, por ser humana, resulta naturalmente perfectible. Desafortunadamente, y con profunda incidencia en la estructura de un sistema normativo que se quiso mantener a través de la reforma parcial y, peor aún, echando a perder principios establecidos, que son principios y son buenos, esa ley de 1968 ha enturbiado el panorama del Derecho de las obligaciones que se presenta hoy con la insólita variación de la imagen que se refleja en un espejo roto, y que llega a exigir al intérprete la tesonería estéril de pretender armar un rompecabezas con piezas que no encajan.

La reforma de 1968 derogó el inciso 1º del art. 515 del Cód. Civil, según la cual eran reconocidas como obligaciones naturales las contraídas por los menores adultos, dotados de discernimiento pero ineptos para obligarse civilmente por carencia de capacidad. Si un menor, digamos de quince años de edad, contrae una obligación, la ley civil sale en su defensa y le abre la posibilidad de plantear la acción de nulidad del acto. La sanción de nulidad que corresponde a este acto viciado no es, ciertamente, incompatible con la existencia de una obligación natural que, en los términos del 1er. párrafo mantenido

del mismo art. 515, se funda "así en el Derecho natural y en la equidad"; si bien desde el enfoque del Derecho positivo hay un acto nulo (art. 1042 del Cód. Civil) es indudable que sí, a pesar del anquilamiento del voto por la ley, tal menor se siente instado a cumplir, en conciencia y en justicia, el pago que realice asíafará una razón de deber, y será, por ella, irrepetible (art. 731, inc. 5°). El legislador, con grave confusión conceptual, barrió con el inciso en análisis, pero la derogación es ineficaz pues deja las cosas como estaban: desde que la mínima del art. 515 no importa un "numerus classes", pues se aceptan otras obligaciones naturales aparte de las allí anunciadas ejemplificativamente, como la deuda de los saldos impagos por el quebrado o concursado, o la de alimentos respecto de parientes a quienes por ley no se le deben, resulta que, pese a la ley 17.711, las deudas contraídas por los incapaces de hecho que están dotados sin embargo de discernimiento seguirán generando obligaciones naturales.

Una de las funciones de la moneda es servir como medida común de los valores, a la manera del metro, el litro, el gramo, etc. En el sistema métrico decimal, verbigracia, el metro tiene asignada una longitud estable, que se asegura a través de prófexiones de índole diversa adoptadas con respecto al patrón de cédosa guarda en la "Oficina Internacional de Pesas y Medidas" de Sévres; diez metros son diez metros aquí, allá, en cualquier parte, y en cualquier tiempo. No ocurre lo mismo con la moneda que, sirviendo como medida común de los valores, representa además un valor en sí misma, pero está sometida a oscilaciones que escarcean sobre los vaivenes económicos, que abarcan o afectan la posibilidad de adquirir bienes a través de su entrega: así, en épocas de inflación, idéntica unidad monetaria paulatinamente sirve para obtener menores cantidades de bienes, porque "disminuye su valor". Ahora bien; factores de diversa especie —económica, política— presionan sobre la moneda, distorsionan su medida en función comparativa, y llevan a la búsqueda de soluciones para contrarrestar desequilibrios. El sustrato de la cuestión estriba en determinar el objeto de prestación: si se debe un "quid", la obligación es de valor; si sólo se debe un "quantum", la obligación es dineraria. En la obligación de valor se atiende "in obligatióne" a una determinada porción patrimonial, y el dinero puede hallarse en el pago, "in solutióne"; en cambio, en la obligación pecuniaria o propiamente dicha de dar sumas de dinero, éste actúa "in obligatióne" e "in solutióne", se debe dinero y se paga dinero. Claro está que el

"quid" de la obligación de valor se cuantifica en algún momento, a partir del cual se debe el monto de dinero que cristaliza la deuda. La ley 17.711 se ha desentendido de la teoría general de las obligaciones de valor, aunque algunos de sus dispositivos la implican: los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal en trance de liquidación se reajustan teniendo en cuenta la fecha de la inversión y circunstancias del caso (art. 1316 bis); si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, su dueño puede conservar lo hecho si paga el mayor valor adquirido por el inmueble (art. 2569); en la medianería se computa el valor a la fecha de la demanda o constitución en mora (art. 2736); los valores o relaciones deben determinarse al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3477); igual criterio rige para establecer el valor de las donaciones en la determinación de la legítima (art. 3602). De esta manera aparecen como manifestaciones de un noble criterio, el que admite las obligaciones de valor, soluciones específicas para supuestos particulares: sin embargo se carece de la unidad esencial de regulación —y esto es de por sí criticable— pero, mucho más gravemente, se estropea la construcción doctrinaria al fijar momentos inadecuados para la cristalización de la deuda: la fecha de la inversión, la de constitución en mora, la de apertura de la sucesión. Señalado error, porque debió tomarse en cuenta la fecha de la sentencia que determina el valor, ya que no es posible extenderse hasta el momento del pago en el cual el acreedor es satisfecho en su interés. El prudente silencio del legislador en la regulación del art. 2569, que también guardó al elaborar el antes visto art. 1083 que atañe a los hechos ilícitos, permitirá, sólo en estos casos, usar apropiadamente las decantadas soluciones al respecto de la doctrina y de la jurisprudencia dominantes.

El viejo art. 43 del Cód. Civil contenía una regulación seriamente criticada: literalmente estableció que no podían ejercerse acciones de responsabilidad extracontractual contra las personas jurídicas. la doctrina realizó diversas interpretaciones de este dispositivo, que arrancaron de entender el texto al pie de la letra, y luego estimaron sustituible —a tenor de la fuente del artículo, el Esbozo de Freitas— la conjunción "aunque" por la conjunción "cuando", o atribuyeron responsabilidad a la persona jurídica en caso de cuasidelitos, o sólo responsabilidad indirecta por hechos de sus dependientes o las cosas, o, inclusive, optaron por prescindir del texto legal. A todo esto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir

del año 1921, en el caso "Mihanovich", admitió la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, con un criterio integrador que atribuyó en lo establecido por otros preceptos del Cód. Civil (art. 1109, 1113, 1133 y conc.). Ciertamente que no derogó el art. 43, porque los jueces que fallan contra Derecho cometen prevaricato, y porque en todo caso la interpretación que subyugó la conjunción "asimismo" por la conjunción "cuando" limitaba la irresponsabilidad de esas personas a los casos de delitos civiles, extremo respecto del cual no se ha difundido fallo alguno. La doctrina de los autores, y el criterio de los tribunales, habían llegado a comprender el precepto según correspondía, pero la ley 17.711 optó por modificarlo; y no lo mejoró —según habría sido de desear— sino que lo desajustó. Ahora las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, solución que ha llevado excesivamente lejos la vigencia de los postulados de la teoría de la realidad como explicativa de la naturaleza jurídica de esos entes, y que conduce a situaciones inconcebibles: la persona jurídica, puta, responderá por el daño si la función se limitó a darle lugar, como cuando el director de la sociedad atropella y lesiona a otro peatón al ir a cobrar una cuenta social, o cuando lleva por delante a la vendedora de flores al salir caminando del club nocturno al que acudió con directivos de la casa matriz extranjera. El sentido común sólo admite que se responda de ciertos daños que se presentan en una peculiar relación con el hecho generador y, tratándose de responsabilidad por hecho de otro, sólo si la función es causa o condición de esos daños. En estos casos hay una relación significativa entre la función desempeñada y el daño que se provoca, pero no la hay, de ninguna manera, cuando la función ha sido sólo la ocasión del daño, cuando el daño no ha sido determinado ni favorecido en su operatividad por la función, que se limita a darle lugar: tal director fue a cobrar la cuenta social, o fue esa noche de fiesta, porque era director; la referencia del ente colectivo con el hecho dañoso es remota, y el nuevo art. 43 queda en contradicción ideológica con el también nuevo art. 906 que excluye la responsabilidad por las consecuencias remotas, y así aparta del deber de reparar las situaciones que comportaron meras ocasiones para la producción del daño.

En el Código de Vélez los partícipes en un delito civil son solidariamente responsables, sin que caudre la acción de regreso, mientras los intervinientes en un cuasidelito soportaban una obligación

simplemente mancomunada. Luego de la ley de reformas, a través de la derogación del art. 1108, de la remisión genérica del 2º párrafo del art. 1109, y del agregado hecho a este último precepto, resulta consagrada por implicancia la solidaridad de los cointervinientes en un cuasidelito, sin perjuicio de la correspondiente acción de regresos; se trata de cointervinientes, cabe señalar, no de coautoras según los nomina la ley, porque la coautoría presupone el concierto que sólo es concebible en el delito civil actuado por varios, que está descartado en el cuasidelito en el cual sólo una contingencia coloca a varios sujetos en la situación de causantes del daño. Es cierto que la jurisprudencia, aún con los textos primitivos, había establecido la responsabilidad solidaria en los cuasidelitos, pero esa solución no se correspondía con los textos legales ni era justa. No se correspondía con los textos legales porque el ahora suprimido art. 1108 remitía, expresamente, a varios artículos del texto anterior dedicado a los delitos, entre los cuales no estaba comprendido el art. 1081, y no bastaba la remisión genérica del art. 1109 porque la solidaridad debe ser establecida expresamente (art. 701); de cualquier manera no era normativamente explicable cómo se hacía uso del art. 1081, y no del art. 1082, también comprendido en la remisión; y Vélez fue claro en su pensamiento desplegado en la nota al art. 1121, y no estableció responsabilidad solidaria en supuestos particulares de cuasidelitos (arts. 1121 y 1135) y, cuando en el art. 1081 determinó la responsabilidad solidaria de los miembros de la sociedad ilícita, tanto repitió el principio del art. 1081 que a éste se remitió la nota respectiva. Desde la reforma de 1968 la solidaridad de los cointervinientes en un cuasidelito tendrá base normativa, pero no puede considerársela una solución de justicia, porque no lo es hacer pasar sobre quien interviene en un cuasidelito la obligación de reparar "in totum" frente a la víctima (art. 699 del Cód. Civil), cuando no existe el reprochable concierto doloso de los partícipes de un delito que, entonces sí, hace digna de elogio la disposición —mantenida— del art. 1081. Esto no se compadece con el sustento moral de la responsabilidad, que presupone una voluntad que opere culpablemente, y da lugar a un juicio de reproche que debe contener una justa nota retributiva: a tal conducta, tal sanción. Si el conductor de un pequeño automóvil europeo, con un mínimo doteaje de culpa —digamos un diez por ciento—, interviene en una colisión con un camión con acoplado cuyo conductor aporta el restante noventa por ciento de culpa, es ini-

que haya de responder por el todo frente a la víctima; la justicia presupone igualdad de tratamiento y, en el caso, si bien la víctima es ajena al daño que recibe, también aquel conductor es ajeno al daño resultante en la medida en que debe atribuirse a la culpa del camionero.

En los términos primitivos del art. 622 del Cód. Civil, el deudor moroso de sumas de dinero es también responsable por el pago de los intereses moratorios convenidos, en su defecto de los legales y, finalmente, de los que establece el juez. La comprensión de este precepto condujo a concluir que, cuando sólo promedia culpa del obligado, el pago de los intereses satisface adecuadamente el daño irrogado al acreedor, porque tales intereses representan la consecuencia "inmediata y necesaria" del incumplimiento, en los términos del art. 520 del Cód. Civil, y sobre todo porque puede pactarse, en la órbita de la libertad y moralidad resguardada por el art. 933, una sobretasa que represente intereses punitivos, esto es una cláusula penal. Si, por lo contrario, el deudor es doloso porque incurre deliberadamente en el incumplimiento, corresponde extender su responsabilidad más allá; es la línea de ideas del sistema que ensancha la reparación en caso de dolo, la solución adecuada al criterio que permite prescindir del tope fijado por el monto de la cláusula penal cuando existe incumplimiento doloso, y se evita de esa manera que el pago por el deudor quede sometido a una condición puramente potestativa pues, de otro modo, pagaría si quisiera, y sólo si quisiera, ya que no pesaría sobre él ninguna condigna amenaza de sanción patrimonial para asociado a cumplir, y aun se permitiría eludir mediante un roble la indispensabilidad del dolo (art. 507). El legislador de 1968 ha prescindido de estos razonables argumentos y, pese a no tomar partido adverso a la solución propugnada, se ha limitado a agregar un anodino párrafo al art. 622, según el cual si las leyes procesales no prevén sanciones para el caso, los jueces pueden sancionar al deudor que incurre en inconducta procesal maliciosa con el pago de una sobretasa de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, puede llegar a dos veces y media la que cobra el banco oficial en operaciones ordinarias de descuentos. Este desprotejo agregado principia por destruir el Derecho de fondo al someter su aplicación a la inexistencia de dispositivos procesales, lo que patentiza su inconstitucionalidad; puede confundir la interpretación, y no va a faltar quien sostenga que sólo cuadra la agravación de responsabilidad del doloso cuando su incon-

ducta se produce en el juicio y no fuera de él; y podría inclusive sugerir que la responsabilidad del doloso queda confiada a esa sobretasa de tope fijo. Nada de esto es aceptable, ciertamente, mas la ley 17.711 ha perdido una admirable oportunidad de regular el tema del modo correcto, lo ha tratado mal y de manera incompleta, ha ocasionado una solución adecuada.

En lo atinente al daño moral la reforma de 1968 da pie a su reparación en los reformulados arts. 522 y 1078. Pero, otra vez, con manifiestas deficiencias. El legislador no pudo ignorar una ardua disputa doctrinaria acerca de si tal categoría de daño es indemnizable, o si corresponde tan sólo la reparación —como sanción ejemplar— de una de sus especies, el agravio moral causado intencionalmente; esta disputa, obviamente, no puede ser aventada por la ley, porque entraña en el fundamento filosófico de una y de otra posición, pero la ley puede y debe regular apropiadamente la cuestión para no dejar lugar a dudas. Veamos: el art. 522 y la 1ª parte del art. 1078 aluden a la "reparación del agravio moral", con lo que parecen dar apoyo a la tesis de la sanción ejemplar, pero este último precepto en seguida se refiere a la "indemnización del daño moral", con lo cual da la impresión de enrolarse en la teoría amplia. A mi modo de entender, y es el criterio de los primeros fallos sobre el tema, en ámbito aquilano, suprimida ahora la exigencia de Vález de que el hecho ilícito civil "fuese un delito del Derecho criminal", el legislador resulta apoyando la tendencia que hace indemnizable el daño moral, sin ver en ello una pena civil ni exigir la repudiable intención dolosa que comporta el agravio. Pero la redacción del art. 1078 reformado es objetable por ambigüedad terminológica que, de cualquier manera, renovará aquella añeja controversia.

Ultimamente se ha puesto de moda un juego singular: se adosa un papel en blanco a un cilindro giratorio, y el participante aprieta uno o varios pomos de colores que vierten su contenido sobre ese papel en movimiento, con el resultado de quedar estampadas caprichosamente en éste varias zonas de color. Varias manchas. El sector de las obligaciones, tras la reforma de 1968, me causa igual impresión que el papel después del juego, pero advierte dos manchas de singular tamaño que resultan sobremedidas: corresponden al tratamiento de la mora, y al de la responsabilidad civil en general. Les desearíamos, allí, ser realmente notables.

El artículo 509 que reformuló la ley 17.711 llena de perplejidad,

y su interpretación dio lugar al trabajado esfuerzo del IV Congreso Nacional de Derecho Civil que se reunió en Córdoba el año anterior, y procuró desentrañar su contenido. Ese precepto apelmaza el tratamiento de la mora, y opta por regular cuestiones particulares sin trazar una regla general, con lo que deja en la incertidumbre las situaciones no comprendidas en ese tratamiento singular; precisamente las reglas generales se conciben para cubrir las hipótesis no comprendidas en las reglas particulares, pues —comúnmente— el legislador no puede imaginar todas las singularidades posibles. Por de pronto, cambiando el rumbo del sistema de Vélez, el primer párrafo del art. 509 establece que "en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento". ¿A qué plazo se refiere, al cierto o al incierto? ¿Sería concebible que el deudor quedara en mora sin más si, por ejemplo, se ha obligado a pagar "cuando muera Polano"? En este caso no hay mora automática, que sólo corresponde en las obligaciones a plazo cierto —como lo entendió aquel Congreso—, o porque es menester que el acreedor noticie al deudor acerca de la exigibilidad actual de la prestación, como por mi parte pienso; pero, de cualquier manera, sin que el estado de mora —que presupone imputabilidad subjetiva, culpa o dolo, en los términos del cuarto párrafo del nuevo art. 509, irrumpa insólitamente con los graves efectos que acarrea. Además, pese al silencio del precepto, hay otros supuestos en que la mora se produce sin interpelación, como en los hechos ilícitos, o si hay confesión de estar en mora, o si hay plazo esencial, esto es, cuando el cumplimiento en cierto tiempo es determinante para que el acreedor constituya la obligación, como en el transporte de mercancías perecederas, o en la obligación de un artista de actuar en cierta ceremonia, o en la restitución de una bodega coincidente con la iniciación de la nueva cosecha, etc. Y la interpelación no se requiere, tampoco, si resulta imposible o inútil por causas provenientes del deudor. Ahora bien; según el segundo párrafo del art. 509, corresponde la interpelación si hay plazo tácito, es decir, un término que no se convino expresamente pero típico del acto por la naturaleza y circunstancias de la obligación que se contrae, verbi gratia si el depositante exige la cosa depositada antes del plazo de restitución, o cuando el comodante reclama la devolución de la cosa prestada, etc.; en estas situaciones hay un plazo, porque la obligación no es de cumplimiento inmediato, y tal plazo es tácito, pero la redacción que se dio a ese texto ha hecho pensar que, sin razón alguna,

ha querido cambiar el sentido del viejo inc. 2º del art. 509. El mismo art. 509 se preocupa —y aquí exorbitándose, porque la cuestión estáe al tiempo del pago—, por regular lo relativo a la fijación del plazo en las obligaciones que carecen de él, de manera tan equívoca que es menester enfatizar que tal fijación no corresponde en las obligaciones puras y simples, que son exigibles en la primera oportunidad que su fadole consiente; por ejemplo, las letras de cambio y pagarés a la vista, o el pago del precio en las compraventas al contado, etc. El análisis del art. 509 no significa criticar el sentido que ha dado a la mora, eximiendo del requisito de la interpolación en las obligaciones a plazo, que es una cuestión de política legislativa, pues el sistema se ajusta a los requerimientos del tráfico comercial que procuran máxima agilidad en las relaciones creditorias. Sí, en cambio, la estructuración del precepto, sumamente defectuosa. Lo más reseñable es su cuarto y último párrafo: "para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable", dispositivo que adecúa al sentido del último apartado del art. 513 en cuanto excusa el retardo que obedece a factores irresistibles para el deudor y ajenos a su culpabilidad.

La reforma de 1988 ha puesto mano en el sistema de responsabilidad civil con serios desaciertos, de los cuales —sin perjuicio de los mencionados en el curso de esta exposición— corresponde señalar las modificaciones a los arts. 906 y 1113. En el Código de Vélez el delinente civil respondía de las consecuencias casuales, esto es las mediatas imprevisibles, de su acción en la medida en que ésta hubiera gravitado para desembocar en el suceso fortuito. Ya no responde en esa medida, y la solución resulta disvaliosa e incongruente pues se desentiende del grado de censura que corresponde a la intención nociva, y deja al autor del delito en situación favorable respecto del incumplidor contractual que carga con las consecuencias casuales que causa su mora (art. 513, 3º parte), y pierden en el sistema algunos engranajes del viejo régimen, como los arts. 1091, 2435 y 2436. Pero lo más grave es la incorporación de la teoría del riesgo, desafortunadamente, en el agregado hecho al art. 1113. La teoría del riesgo presupone atribuir el deber de reparar a quien introduce en la sociedad un elemento virtual de daño, si tal daño se produce, sin detenerse a examinar —como lo hace la teoría de la culpa— si promedia un desajuste de conducta que importa culpabilidad. Esa teoría no es nueva en nuestro régimen jurídico, pues fue acogida por la ley de

accidentes de trabajo, por el Código Aeronáutico, por la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Accidentes Nucleares que ratificó la Argentina por ley 17.048. Pero es nuevo, en cambio, en el sistema jurídico nacional, y aun en los sistemas extranjeros que la adoptan, la exorbitancia de su vigencia; sólo se puede asimilar los postulados de la teoría del riesgo si se usa un triple freno: en primer lugar, aplicándola sólo en actividades máximamente peligrosas, o para cosas que, estadísticamente, tienen gran operatividad en la producción de daños; en segundo, si se prevé sin lugar a dudas la excusa del deber de reparar cuando promedia una causa extraña que desplaza o desvía la relación de los sucesos; y, finalmente, si se fija un tope cuantitativo hasta el cual debe repararse por el sólo riesgo, sin perjuicio de que la víctima pueda obtener la plena indemnización si logra acreditar culpa o dolo del obligado. La ley 17.711, desentendiéndose de estas razonables limitaciones, y desquiciando una concepción justa que descansara en el fundamento subjetivo de la responsabilidad, cuyo presupuesto es un acto culpable o doloso, enajena la teoría del riesgo así no más, explosiva y expansiva, con el efecto de corromper el sistema. Porque si la responsabilidad presupone "dolo, culpa o negligencia", como establece y establece el art. 1067, ¿a qué título se rebaja el deber de reparar si no hay dolo, ni culpa, ni negligencia? ¿Cómo pueden subsistir en un mismo Código dos regímenes contradictorios, el de la culpa y el del riesgo, con vigencia general el uno como el otro? Lo cierto es que en abstracto sólo algunas cosas son peligrosas, pero en concreto pueden serlo todas: piénsese en un anillo, como lo hacía Ripert, y adviértase que puede ser riesgoso si la mano que lo lleva da un golpe, de donde únicamente el radiista sin anillo sería ajeno a la vigencia de la teoría del riesgo. Y desde que el nuevo precepto no habla de cosas riesgosas, sino de riesgos de la cosa, en cada caso habrá de calibrarse la operatividad probable de ella en cuanto elemento generador de daños; pero no es difícil predecir que, comúnmente, se conjeturará que el simple hecho de haber ocurrido el daño constituye demostración cabal de que se produjo por un riesgo de la cosa, en una petición de principio que dé por probado lo que debió empezar por probarse. El error simplista de la ley 17.711 y la conjetura también simplista a que dará seguramente lugar, desembocarán en la injusticia: el victimario debe responder, claro está, por los perjuicios injustos que le sean atribuibles, pero

sólo si un acto suyo es causa del daño en sentido admisible en Derecho y, jamás, desmedidamente.

Señoras y señores: "Las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlos, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. Por ello no debe jamás olvidar que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica del pueblo para el cual son dictadas; que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades ya que, si bien siempre cabe calcular las ventajas teóricas que la invención ofrece, no es posible, en cambio, conocer de antemano todas sus ocultas inconveniencias que tan sólo la práctica habrá de evidenciar; que debe mantenerse lo bueno cuando se duda sobre lo que puede ser mejor; que puestos a corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros que la misma corrección es susceptible de entrañar; que es absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta cuando se trata de cosas en las cuales no es posible lograr más que una relativa bondad; que casi siempre más útil que cambiar las leyes es dar a los hombres nuevos motivos para que amen las ya existentes; que el transcurso de muchas siglos de historia nos brinda el poco halagador ejemplo de la promulgación de no más de dos o tres buenas leyes; que, finalmente, el privilegio de proponer transformaciones legislativas corresponde tan sólo a aquéllos tan predestinadamente nacidos como para poder penetrar, con un solo impulso genial y por obra de una iluminación repentina, toda la constitución y estructura de un estado".

Estas palabras que el principal redactor del Código Civil francés, Jean-Etienne Portalis, escribió en su "Discurso Preliminar", no han perdido actualidad. Al no atenerse estrictamente a tan juicioso criterio, el legislador argentino de 1968 ha incurrido en errores y omisiones graves, como los reseñados en esta exposición, que empalidecen el mérito de sus aciertos, y estropean la imagen general del sistema.

Ahora bien. A poco de conocida, la obra de Vélez hizo aflorar las opiniones en distintas secciones. Juan Bautista Alberdi y Vicente Fidel López le dedicaron diatribas. El propio Vélez y Victorino de la Plaza entraron en la polémica haciendo la defensa del Código. José Francisco López y Manuel Rafael García, por su parte, lo colmaron de elogios.

A su vez Lisandro Segovia —dilecto hijo cultural de esta ciudad— publicó sus clásicos comentarios, críticos, incisivos, pero esencialmente constructivos: la ley mereció de él muchos juicios adversos, pero puso énfasis especial en coordinar el articulado, en facilitar la comparación sistemática, en interpretar; interpretar, no se olvide, hasta etimológicamente significa desentrañar y predecir, pues en Roma los “*interpretes*” aseguraban lo que vendría a través del análisis de las entrañas de las víctimas.

De todos estos modos de reaccionar frente al Código el más trascendente ha sido el de Segovia. Mucho influyó en ello el genio singular de este comentarista, pero mucho —también— su actitud de crítica edificante, no destructiva, su esfuerzo decente y tautivo para brindar un hilo de Ariadna que permitiera manejarse adecuadamente con la legislación nueva.

Cuando el espejo se quiebra con un golpe imprudente, ni el mejor adhesivo, ni el pegue alguna, logran restituirle su estructura original. O se cambia la luna rajada, o se trata de extraer del todo quebrado la mayor utilidad conseguible.

Es desideratum de una reforma que imasine al Código que empuja sin rozperle ni mancharlo, como hace el sol con el cristal. Desde que la ley 17.711 no ha actuado así, a la manera de Segovia el esfuerzo debe dirigirse a recomponer y juntar entre sí los fragmentos que quedan, para recobrar —en lo posible— la unidad perdida.

A mi juicio éste es, con relación al Código de Vélez, el empeño propio de los tiempos inmediatos. Todos, abogados, y jueces, y escribanos, y profesores, somos relevos en esa tarea que no puede postergarse: la injusticia, y la inseguridad, por indeseables, son extrañas a un sistema de Derecho.